

Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Außenbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt?

Eine Untersuchung anhand von Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure

Anna Petrig*

Abstract	94
I. Einführung	94
II. Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure	96
1. Autonomie- und Steuerungsverluste durch Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure	96
2. Demokratische Mitwirkung einzig bei Kompetenztransfers durch Völkerrechtsvertrag?	98
3. Bedeutungsverlust des Völkerrechtsvertrags und Diversifizierung der Steuerungsinstrumente	99
III. Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die Schweiz	102
1. Innerstaatliche Organkompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge	102
2. Der Begriff des völkerrechtlichen Vertrags in der Bundesverfassung	104
IV. Kompetenztransfers und demokratische Mitsprache im Außenbereich	105
1. Kompetenztransfers mittels völkerrechtlichen Vertrags: innerhalb des Wortsinns	106
2. Kompetenztransfers mittels anderer (völkerrechtlicher) Akte: Analogiebildung	107
a) Privatrechtliche und hybride Verträge	108
b) Beschlüsse internationaler Organe	113
c) Einseitige Rechtsakte (v. a. einseitige Erklärungen)	117
d) Schaffung eines Vertragssurrogats	122
3. Nicht von Mitwirkungsnormen erfasste Kompetenztransfers: rechtspolitische Lücke	124
a) Internationales <i>soft law</i> und innerstaatlicher, privatrechtlicher Rechtsakt	124
b) Kompetenztransfers, die nicht auf formalisiertem Rechtsakt beruhen	127
V. Geltungserstreckung der Mitwirkungsrechte mittels Analogiebildung	129
1. Methodisches Vorgehen der Bundesbehörden	130

* Prof. Dr. iur., LL.M. (Harvard), ist Inhaberin der Professur für Völkerrecht und Öffentliches Recht an der Universität Basel/CH. Die Autorin bedankt sich für die konstruktive Kritik und zahlreichen Anregungen anlässlich der Vorstellung eines Entwurfs bzw. gewisser Aspekte des vorliegenden Artikels im Forschungsseminar von Prof. Dr. iur. Anne Peters, LL.M. (Harvard), vom 21.6.2016 am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg/D und anlässlich des Lehrstuhlkolloquiums von Prof. Dr. iur. Johannes Masing, Bundesverfassungsrichter, vom 13.5.2016 am Institut für Öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg/D; und für die wertvollen, im anonymen Gutachten enthaltenen Hinweise.

a) Analogiebildung statt Begriffsdehnung	130
b) Analogieschluss nicht tragfähig begründet	131
2. Analogiefähigkeit des Tatbestandselements "völkerrechtlicher Vertrag"?	133
3. Genügende Ähnlichkeit der anderen Rechtsakte mit dem Völkerrechtsvertrag?	135
a) Privatrechtliche und hybride Verträge	136
aa) Vertrag fußt nicht (einzig) auf Völkerrecht	136
bb) Vertrag wird nicht (einzig) mit Völkerrechtssubjekten geschlossen	137
b) Beschlüsse internationaler Organe	138
aa) Schweiz nicht an Entstehung des Beschlusses beteiligt: keine Mitwirkung	140
bb) Schweiz beteiligt, aber Bindung ohne ihre Zustimmung: modifizierte Mitwirkung	141
c) Einseitige Rechtsakte	143
VI. Neuer Anknüpfungspunkt für die demokratische Mitwirkung?	144

Abstract

Der Artikel untersucht, ob tatsächlich einzig völkerrechtliche Verträge der parlamentarischen Genehmigung bzw. dem Referendum im Außenbereich zugeführt werden können, wie es der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und die Doktrin nahelegen. Oder ob sich diese beiden gewichtigsten demokratischen Partizipationsrechte vielmehr auch auf andere Rechtsakte beziehen können. Diese Frage gewinnt angesichts der fortschreitenden Diversifizierung der zur Regelung internationaler Beziehungen eingesetzten Rechtsakte an Bedeutung – ist jedoch in der Schweizer Lehre und Praxis bislang kaum diskutiert worden.

I. Einführung

Im Jahre 1971 hat *Hans Huber* vorausgesagt, dass

„[d]ie Lebenskraft der Institution des klassischen völkerrechtlichen Vertrages [...] abnehmen [wird], weil seine Voraussetzungen in der Struktur der Staatengesellschaften teils entschwinden.“¹

Diese Voraussage hat sich in der Zwischenzeit bewahrheitet. Der klassische, statische völkerrechtliche Vertrag hat als Instrument zur Regelung internationaler Beziehungen an Exklusivität eingebüßt; an seine Stelle treten vermehrt andere Rechtsakte.

¹ *H. Huber*, Plebiszitäre Demokratie und Staatsverträge (1963), in: K. Eichenberger/R. Bäumlin/J. P. Müller, *Hans Huber: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, 1971, 489.

Derweil bezieht sich der Wortlaut der Bestimmungen der Schweizer Bundesverfassung zur demokratischen Mitwirkung an der Entstehung völkerrechtlicher Verpflichtungen *einzig* auf völkerrechtliche Verträge.² Auch die Lehre unterstreicht, dass ausschließlich völkerrechtliche Verträge der parlamentarischen Genehmigung und dem Referendum im Außenbereich zugeführt werden können³ bzw. schließt explizit verschiedene andere Rechtsakte vom Anwendungsbereich der einschlägigen Verfassungsbestimmungen aus.⁴

Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass dieses Bild nicht mit der gelebten Verfassungswirklichkeit übereinstimmt. Die Bundesbehörden haben vielmehr mittels Analogieschluss eine Reihe anderer Rechtsakte – privatrechtliche und hybride Verträge, Beschlüsse internationaler Organe und einseitige Rechtsakte – in den Anwendungsbereich der innerstaatlichen Regeln zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge gebracht; meist allerdings ohne diesen methodischen Schritt tragfähig zu begründen. Diese bisher kaum zur Kenntnis genommene Behördenpraxis ist nicht unproblematisch hinsichtlich der rechtssicheren und rechtsgleichen Gewährung demokratischer Mitsprache.

Ziel dieses Artikels ist es, nach einem kurzen Überblick über die innerstaatlichen Regeln zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die Schweiz (Teil III.), die Behördenpraxis im Bereich der demokratischen Mitwirkung im Außenbereich zu rekonstruieren und nach verschiedenen Typen von Rechtsakten zu systematisieren (Teil IV.). Dabei liegt der Fokus auf Rechtsakten, durch welche Zuständigkeiten auf Völkerrechtsakteure übertragen werden; da in ihnen der Hauptgrund für den Autonomie- und Steuerungsverlust durch die Internationalisierung des Rechts gesehen wird, kommt ihrer (direkt-)demokratischen Legitimation besondere Bedeutung

² Art. 166 Abs. 2 sowie Art. 140 Abs. 1 Bst. b und Art. 141 Abs. 1 Bst. d Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999, SR 101 (folgend: BV).

³ So jüngst explizit A. Epiney, Art. 166 BV, in: B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney, Bundesverfassung, 2015, 2491, Rz. 24.

⁴ Siehe Anm. 85 für Hinweise auf AutorInnen, welche die Möglichkeit, *Beschlüsse internationalen Rechts* dem Referendum im Außenbereich zu unterstellen, umfassend oder in Bezug auf gewisse Arten von Beschlüssen verneinen. In Anm. 113 und Anm. 114 werden AutorInnen aufgeführt, welche die Ansicht vertreten, dass sich die demokratischen Mitwirkungsrechte im Außenbereich nicht auf selbstständige und/oder unselbstständige *einseitige Erklärungen* beziehen können; gewisse Lehrmeinungen gehen immerhin dahin, dass eine (direkt-)demokratische Partizipation gestützt auf die Mitwirkungsrechte im Binnenbereich u. U. möglich ist. Soweit ersichtlich, hat sich die Doktrin noch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, inwiefern *privatrechtliche bzw. hybride Verträge* gestützt auf Art. 166 Abs. 2 BV parlamentarisch genehmigt bzw. gestützt auf Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV dem Referendum im Außenbereich zugeführt werden können.

zu (Teil II.). Gestützt auf diese Bestandsaufnahme wird alsdann diskutiert, ob eine Analogiebildung mit Bezug auf die verschiedenen Kategorien von Rechtsakten zulässig bzw. sinnvoll ist (Teil V.). Abschließend wird argumentiert, dass die Anknüpfung an den völkerrechtlichen Vertrag für die demokratische Mitwirkung im Außenbereich angesichts der Diversifizierung der rechtlichen Steuerungsinstrumente auf internationaler Ebene überdacht, wenn nicht gar *de constitutione ferenda* aufgegeben werden sollte (Teil VI.).

II. Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure

1. Autonomie- und Steuerungsverluste durch Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure

Vor mehr als 25 Jahren verwendete *Raimund Germann* das Bild von der Überflutung der Innenpolitik durch die Außenpolitik, um pointiert auf die zunehmende Verlagerung der politischen und rechtlichen Steuerung von der innerstaatlichen auf die internationale Ebene hinzuweisen.⁵ Die Internationalisierung von Politik und Recht ist in der Tat eine seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts an Intensität gewinnende Erscheinung;⁶ sie wird gar zu den „Großtendenzen der Politik- und Staatsentwicklung“ seit dem Zweiten Weltkrieg gezählt.⁷

Die Internationalisierung des Rechts zeitigt auf verschiedenen Ebenen Auswirkungen; zunächst im Bereich des materiellen Rechts. Dem innerstaatlichen Gesetzgeber verbleibt angesichts der zunehmenden Masse völkerrechtlicher Vorgaben und deren oftmals hohen Regulierungsdichte ein immer geringerer Gestaltungs- bzw. Umsetzungsspielraum.⁸ In der Schweiz sorgt derzeit jedoch nicht primär dieses materielle Völkerrecht für politischen Zündstoff.

⁵ R. Germann, Staatsreform, 1994, 168; der Schweizer Jurist und Politologe war Gründungsdirektor und Professor für Öffentliche Verwaltung des Institut des hautes études en administration publique (IDHEAP) in Lausanne/CH: Historisches Lexikon der Schweiz, <www.hls-dhs-dss.ch>, Eintrag „Raimund E. Germann“.

⁶ A. Fischer, Internationalisierung, in: P. Knoepfel/Y. Papadopoulos/P. Sciarini/A. Vatter/S. Häusermann, Handbuch der Schweizer Politik, 5. Aufl. 2014, 599.

⁷ O. Diggelmann, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, 2005, 1.

⁸ Siehe dazu A. Petrig, Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts, SZIER 25 (2015), 507 (Teil IV).

Der Hauptgrund für den (von gewissen Kreisen als negativ empfundenen) innerstaatlichen Autonomie- und Steuerungsverlust durch die Internationalisierung des Rechts wird vielmehr – um beim Bild des Wassers zu bleiben – im Abfließen von Zuständigkeiten an internationale Akteure gesehen. Politisch am umstrittensten sind daher jene Rechtsakte, die gewisse Kompetenzen auf Völkerrechtsakteure übertragen.⁹ So wirft aktuell die Frage, ob der Europäische Gerichtshof (EuGH) bei der Auslegung der sektoriellen Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) künftig ein Wort – oder gar das letzte Wort – zu sagen haben soll, politische Wellen.¹⁰ Und es ist kein Zufall, dass die Initiative der Schweizerischen Volkspartei, welche der Bundesverfassung Vorrang vor dem Völkerrecht einräumen will, den Titel „Schweizer Recht *statt fremde Richter*“¹¹ und nicht etwa „Schweizer Recht *vor Völkerrecht*“ trägt. Schließlich verdeutlicht auch der (mehr symbolisch als rechtlich relevante) Entscheid der Bundesversammlung vom Sommer 2016, das im Jahre 1992 eingereichte Gesuch zur Aufnahme von Beitrittsverhandlungen mit der damaligen Europäischen

⁹ Im Folgenden werden die Begriffe „Zuständigkeit“ und „Kompetenz“ synonym verwendet; sie bezeichnen – sowohl innerstaatlich als auch auf völkerrechtlicher Ebene – die Voraussetzung zur (legalen und somit legitimen) Ausübung öffentlicher Gewalt: so *M. Nettesheim*, Kompetenzen, in: A. v. Bogdandy/J. Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 390. Die entsprechende Kompetenz kann zu Akten legislativer, exekutiver oder judikativer Natur ermächtigen, mithin (theoretisch) jeden Aspekt öffentlicher Gewalt betreffen: siehe *C. Chapuis*, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Einrichtungen, 1993, 73; und *D. Sarooshi*, International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers, 2005, 1. Auch die Begriffe „Kompetenztransfers“ und „Übertragung von Zuständigkeiten“ (so u. a. in Art. 5 Abs. 2 Vertrag über die Europäische Union, ABl. 2016 C 202/13) werden synonym verwendet und bezeichnen den Vorgang, durch welchen die Eidgenossenschaft einen Völkerrechtsakteur ermächtigt, eine gewisse Zuständigkeit wahrzunehmen bzw. die Schweiz eine gewisse Zuständigkeitsausübung durch einen Völkerrechtsakteur anerkennt. Der Begriff „Völkerrechtsakteur“ bzw. „internationaler Akteur“ bezeichnet vorliegend nicht-staatliche Entitäten, welche „internationale öffentliche Gewalt“ ausüben – verstanden im Sinne des Projekts „International Public Authority“ des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht und u. a. definiert in *A. v. Bogdandy/M. Goldmann/I. Venzke*, From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority, EJIL 28 (2017), 115 (133 ff.).

¹⁰ Diese Frage stellt sich bei den Verhandlungen des sogenannten institutionellen Rahmenabkommens, welches die über 120 sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz (die kein EU-Mitglied ist) und der EU überdachen soll; überblicksartig: Direktion für europäische Angelegenheiten, Institutionelle Fragen, April 2017, <www.eda.admin.ch>. Obwohl dessen Inhalt noch nicht feststeht, reichte die Fraktion der Schweizerischen Volkspartei Ende September 2016 eine parlamentarische Initiative ein, die ein verfassungsrechtliches Verbot dieses und ähnlicher Abkommen vorschlägt: Parlamentarische Initiative 16.465: Verbot von Rahmenabkommen und institutionellen Bindungen mit überstaatlichen Rechtsgemeinschaften und Drittstaaten, 28.9.2016 (Einreichungsdatum).

¹¹ Eidgenössische Volksinitiative „Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)“, BBl 2015 1965 (Hervorhebung durch Verfasserin).

Wirtschaftsgemeinschaft zurückzuziehen, die politische Brisanz von Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure.¹²

2. Demokratische Mitwirkung einzig bei Kompetenztransfers durch Völkerrechtsvertrag?

Ein Fluchtpunkt in der Diskussion um Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure, in denen viele die Hauptursache für den Schwund innerstaatlicher Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheit erblicken, ist deren (*direkt-*) *demokratische Legitimation*. Um diese Thematik kreist vorliegender Beitrag, der untersucht, gestützt auf was für einen Rechtsakt ein Kompetenztransfer an einen Völkerrechtsakteur erfolgen muss, damit dieser der parlamentarischen Genehmigung¹³ bzw. dem Referendum im Außenbereich¹⁴ zugeführt werden kann.

Der Wortlaut der einschlägigen Verfassungsbestimmungen legt nahe, dass *einzig völkerrechtliche Verträge* der parlamentarisch-demokratischen bzw. direkt-demokratischen Beteiligung und Kontrolle unterliegen. Dies entspricht der gängigen Meinung in der Lehre.¹⁵ Eine eingehende Diskussion darüber, ob auch *andere Rechtsakte* als völkerrechtliche Verträge taugliche Anknüpfungspunkte für die Gewährung demokratischer Mitwirkungsrechte im Außenbereich sein können, fand bislang weder in der Praxis noch in der Lehre statt.

Sollte sich bewahrheiten, dass tatsächlich einzig völkerrechtliche Verträge parlamentarisch genehmigt bzw. dem Referendum im Außenbereich unterstellt werden können, so fallen immer mehr Zuständigkeitsübertragungen an Völkerrechtsakteure außerhalb des Anwendungsbereichs dieser beiden (gewichtigen) Mitwirkungsrechte in auswärtigen Angelegenheiten. Denn Kompetenztransfers erfolgen zusehends gestützt auf andere Rechtsakte als den völkerrechtlichen Vertrag.

¹² Dazu S. Gemperli, Nach 24 Jahren: Schweiz zieht EU-Beitrittsgesuch zurück, Neue Zürcher Zeitung online, <www.nzz.ch>, 15.6.2016.

¹³ Gemäß Art. 166 Abs. 2 BV.

¹⁴ Gemäß Art. 140 Abs. 1 Bst. b oder Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV.

¹⁵ Siehe Anm. 3 und Anm. 4.

3. Bedeutungsverlust des Völkerrechtsvertrags und Diversifizierung der Steuerungsinstrumente

Eine Erklärung dafür, dass der Völkerrechtsvertrag als Instrument zur Übertragung von Zuständigkeiten an internationale Akteure zunehmend an Bedeutung einbüßt und dieser Vorgang durch Rückgriff auf anderweitige Rechtsakte erwirkt wird,¹⁶ ist mitunter in den verschiedenen Entwicklungstendenzen des Völkerrechts – nämlich der Publizierung, Privatisierung, Europäisierung und Deformalisierung – zu suchen.

Mit Publizierung des Völkerrechts wird gemeinhin das Phänomen umschrieben, dass dieses in verschiedener Hinsicht von seiner ehemals vorwiegend privatrechtlichen, horizontalen Strukturierung abweicht.¹⁷ Sie manifestiert sich namentlich im vermehrten Rückgriff auf dynamische Verträge, bei denen die für (völkerrechtliche) Verträge typische horizontale Struktur (übereinstimmende Willenserklärung zwischen zwei oder mehreren formal gleichberechtigten Partnern) und das daraus fließende Konsensprinzip (Rechtsbindung nur durch Selbstbindung, d. h. bei Zustimmung) zugunsten einer vertikalen Struktur und einer Lockerung des Konsenserfordernisses weichen.¹⁸ Konkret wird ein durch Völkerrechtsvertrag eingesetztes internationales Organ ermächtigt, *qua* Beschluss den Vertrag – inklusive die darin enthaltenen Kompetenznormen – zu ändern. In diesem unilateralen Akt ist das vertikale Element zu erblicken. Dieser Beschluss bindet einen Staat u. U. auch ohne dessen Zustimmung; es kommt mithin zu einer Rechtsbindung durch Fremdbindung. So sieht beispielsweise die Satzung der Internationalen Organisation für Migration (IOM) vor, dass mit einer Zweidrittelmehrheit vom Rat verabschiedete Satzungsänderungen für *alle* Vertragsstaaten in Kraft treten, sobald sie von zwei Dritteln derselben innerstaatlich genehmigt wurden. Mittels eines solchen Beschlusses hat der IOM-Rat *nota*

¹⁶ Zur Regelung internationaler Beziehungen kam schon immer eine breitere Palette an Rechtsakten als die in Art. 38 Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26.6.1945, SR 0.193.501, statuierten zum Einsatz; der Rückgriff auf andere Steuerungsinstrumente (z. B. auf rechtlich unverbindliche Akte) und die Modifikation klassischer Instrumente (z. B. die dynamische Ausgestaltung völkerrechtlicher Verträge, siehe sogleich Text zu Anm. 17 ff.) haben sich jedoch in den letzten Dekaden intensiviert: C. Tietje, *Recht ohne Rechtsquellen?*, ZfRSoz 24 (2003), 27 (32); siehe auch J. Pauwelyn/R. Wessel/J. Wouters, *When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking*, EJIL 25 (2014), 733 (733–744).

¹⁷ Dazu A. Peters, *Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal and Quasi-Private Law*, in: P. Bekker/R. Dolzer/M. Waibel, *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 2010, 155 ff.

¹⁸ A. Peters, *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2016, 5 f., Rz. 7–8; 271, Rz. 2.

bene seine eigenen Kompetenzen zur Änderung der Satzung erweitert.¹⁹ Dies zeigt, dass in Folge der Publizierung des Völkerrechts Zuständigkeiten von Völkerrechtsakteuren mittels Beschluss – und nicht durch völkerrechtlichen Vertrag – begründet bzw. erweitert werden.

Weiter führt die Privatisierung des Völkerrechts u. a. dazu, dass vermehrt nach innerstaatlichem Privatrecht verfasste juristische Personen Aufgaben im internationalen Gemeinwohl wahrnehmen.²⁰ Nicht selten handelt es sich um Stiftungen oder Vereine, die nach Schweizer Zivilrecht verfasst sind, da dieses eher liberal ausgestaltet ist²¹ und die Schweiz als traditioneller Sitzstaat gilt. So wurde der Finanzstabilitätsrat – einer der wichtigsten Akteure in der globalen Finanzmarktaufsicht – als Schweizer Verein, und der Globale Fonds zur Bekämpfung von Aids, Tuberkulose und Malaria als Schweizer Stiftung verfasst.²² Es erübrigt sich zu sagen, dass die Errichtung dieses Typus von Völkerrechtsakteur nicht durch völkerrechtlichen Vertrag, sondern durch privatrechtliches Rechtsgeschäft erfolgt. Die Privatisierung setzt somit eine weitere Teilursache für die Diversifizierung der Rechtsakte, durch welche Kompetenzen von der innerstaatlichen auf die überstaatliche Ebene übertragen werden.

Auch die Europäisierung, d. h. die Verdichtung der europäischen Integration, zeitigt Auswirkungen auf die Tektonik der Völkerrechtsakteure, da das EU-Recht eigene Organisationstypen hervorgebracht hat, die von supranationalen privatrechtlichen Gesellschaften²³ bis hin zu öffentlich-rechtlichen Organisationsformen reichen. Im Bereich der letzteren Kategorie hat die EU namentlich ein einheitliches Organisationsstatut für transeuropäische Forschungsinfrastrukturen geschaffen: das sogenannte European Research Infrastructure Consortium (ERIC). Weder die Errichtung noch die Beteiligung von Drittstaaten an einem bestimmten ERIC fußt auf einem völkerrechtlichen Vertrag – vielmehr soll das neue Organisationsstatut den (zeit- und aufwändigen) Abschluss eines solchen obsolet machen.²⁴ Dieses Beispiel verdeutlicht, dass auch die Europäisierung dazu beiträgt, dass der völkerrechtliche Vertrag Terrain an andere Rechtsakte verliert.

¹⁹ Im Einzelnen, siehe Text zu Anm. 92.

²⁰ A. Peters, Privatisierung, Globalisierung und die Resistenz des Verfassungsstaates, in: P. Mastroradi/D. Taubert, Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen, 2006, 144 ff.

²¹ P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid/A. Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl. 2015, 123, Rz. 2.

²² Im Einzelnen, siehe Text zu Anm. 128 ff.

²³ W. Frenz, Supranationale Gesellschaftsformen, Jura 34 (2012), 120.

²⁴ Im Einzelnen, siehe Text zu Anm. 104 ff.

Schließlich trägt auch die gegenwärtige Präferenz der Staaten für informale Akteure, Prozesse und Akte²⁵ dazu bei, dass der Völkerrechtsvertrag als Instrument zur Übertragung von Zuständigkeiten auf internationaler Ebene an Bedeutung eingebüßt hat. Auf Ebene der Akteure hat dieser als Deformalisierung bezeichnete Trend zur Folge, dass Staaten anstelle internationaler Organisationen oder Vertragsorgane, die beide in der Regel durch völkerrechtlichen Vertrag errichtet werden, informale Akteure einsetzen. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie ihre Kompetenzen *nicht* durch formalisierten Rechtsakt erwerben. So wurde beispielsweise der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht nie durch *formalisierten* Rechtsakt ermächtigt, Standards im Bereich der Finanzmarktaufsicht zu erlassen.²⁶

Diese vier, hier nur kursorisch aufgezeigten Entwicklungstendenzen im Völkerrecht tragen dazu bei, dass Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure nicht länger primär durch Völkerrechtsvertrag, sondern durch verschiedene andere Rechtsakte – formaler oder informaler, völkerrechtlicher oder innerstaatlicher, bzw. öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur – erwirkt werden. Angesichts dieser Diversifizierung wird in Teil IV. untersucht, ob in der Verfassungspraxis tatsächlich – wie es der Wortlaut der einschlägigen Verfassungsbestimmungen und die herrschende Lehre nahelegen – einzig völkerrechtliche Verträge der parlamentarischen Genehmigung bzw. dem Referendum im Außenbereich zugeführt werden (können). Zuvor wird kurz auf zwei relevante Vorfragen eingegangen, nämlich wie die innerstaatliche Organkompetenz beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge ausgestaltet ist (Teil III. 1.), und was der Begriff des völkerrechtlichen Vertrags, wie er in den genannten Verfassungsbestimmungen Verwendung findet, beinhaltet (Teil III. 2.).

²⁵ Umfassend: J. Pauwelyn/R. Wessel/J. Wouters (eds.), *Informal International Lawmaking*, 2012; zu den Akteuren, statt vieler F. Vabulas/D. Smidat, *Organizations without Delegation: Informal Intergovernmental Organizations (IIGOs) and the Spectrum of Intergovernmental Arrangements*, *Review of International Organizations* 8 (2013), 193; J. Klabbers, *Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law*, *NJIL* 70 (2001), 403; und A. Di Stasi, *About Soft International Organizations*, in: R. Virzo/I. Ingravallo, *Evolutions in the Law of International Organizations*, 2015; zu den Akten, siehe bereits D. Thürer, „Soft Law“ – eine neue Form von Völkerrecht?, *ZSR* 104 (1985), 429.

²⁶ Im Einzelnen, siehe Text zu Anm. 144 ff.

III. Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die Schweiz

1. Innerstaatliche Organkompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge

Es ist gemäß Art. 184 Abs. 1 Bundesverfassung (BV) der Bundesrat (die Exekutive auf Bundesebene), der unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung (die beiden Kammern des Parlaments auf Bundesebene) die auswärtigen Angelegenheiten besorgt und die Schweiz nach außen vertritt. Dies umfasst namentlich die Zuständigkeit zur Aushandlung und Annahme völkerrechtlicher Verträge.²⁷ Die Verfassung nennt in Art. 184 Abs. 2 BV außerdem explizit die Zuständigkeit des Bundesrates zur Unterzeichnung und Ratifikation völkerrechtlicher Verträge.

Für die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge (bzw. die Änderung derselben)²⁸ ist gemäß Art. 166 Abs. 2 BV die Bundesversammlung zuständig; außer ein Bundesgesetz²⁹ oder ein von der Bundesversammlung genehmigter völkerrechtlicher Vertrag ermächtigt die Exekutive zum selbstständigen Vertragsschluss.³⁰ Die Bundesversammlung kann den Vertrag nur gutheißen oder ablehnen, jedoch keine Änderungen vornehmen. Mit der Genehmigung beschließt die Bundesversammlung nicht über den Vertrags-

²⁷ F. Schwendimann/B. Tschan-Truong/D. Thürer, Art. 184 BV, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. Schweizer/K. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, 2947, Rz. 10.

²⁸ Diese Möglichkeit wird im Folgenden nicht mehr separat erwähnt, ist aber jeweils mit gemeint.

²⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge von beschränkter Tragweite und über die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge vom 4.7.2012, BBl 2012 7465, 7473: Zum einen enthalten zahlreiche Bundesgesetze sektorielle Delegationen, welche den Bundesrat ermächtigen, in einem bestimmten Sachbereich einen völkerrechtlichen Vertrag zu schließen. Weiter stipuliert Art. 7a Abs. 2 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21.3.1997, SR 172.010 (folgend: RVOG), dass der Bundesrat völkerrechtliche Verträge "von beschränkter Tragweite" selbstständig abschließen kann; Abs. 3 und 4 präzisieren den Begriff der beschränkten Tragweite; es handelt sich um eine subsidiäre Generalklausel – sie gilt für alle Sachbereiche, aber nur, wenn keine spezifische Delegationsklausel besteht.

³⁰ Siehe auch den genauer formulierten Art. 24 Abs. 2 Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13.12.2002, SR 171.10 (folgend: ParlG); kommentiert durch M. Graf/E. Tophinke, Art. 24 ParlG, in: M. Graf/C. Theler/M. v. Wyss, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, 2014, 199 f., Rz. 6-8.

schluss als solchen, sondern ermächtigt die Exekutive, den fraglichen völkerrechtlichen Vertrag abzuschließen.³¹

Es ist ebenfalls die Bundesversammlung, welche anlässlich der Genehmigung des völkerrechtlichen Vertrags prüft und entscheidet, ob dieser die Voraussetzungen für das obligatorische oder fakultative Referendum erfüllt. Obwohl rechtlich gesehen die Bundesversammlung für diesen (richterlich nicht überprüfbaren)³² Beschluss zuständig ist, spielt die Botschaft des Bundesrats zuhanden des Parlaments, in welcher er den wesentlichen Inhalt des zu genehmigenden Völkerrechtsvertrags und die Referendumpflicht erläutert, faktisch eine große Rolle.³³ Die Genehmigung der Bundesversammlung erfolgt in der Form des einfachen Bundesbeschlusses bzw. im Falle referendumpflichtiger Verträge in der Form eines Bundesbeschlusses.³⁴

Das obligatorische Referendum im Außenbereich ist in Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV geregelt und schreibt vor, dass der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften Volk und Ständen (d. h. den Kantonen) zur Abstimmung zu unterbreiten ist. Obligatorisch meint, dass das Referendum von Amtes wegen, d. h. ohne dass ein Referendumsbegehren gestellt werden muss, durchgeführt wird.³⁵ Zu seiner Annahme ist das Doppelmehr von Volk und Kantonen notwendig.³⁶ Dieses Referendum kam bislang ein einziges Mal zur Anwendung, nämlich 1986 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den Vereinten Nationen, die als "Organisation für kollektive Sicherheit" gewertet wurde.³⁷ Angesichts dieser äußerst raren Praxis wird das obligatorische Referendum vorliegend nur am Rande behandelt; der Fokus liegt auf dem fakultativen Referendum.

Das fakultative Referendum, das nicht von Amtes wegen, sondern bloß auf Verlangen von 50 000 Stimmberechtigten oder acht Kantonen durchgeführt wird und einzig ein Volksmehr zu seiner Annahme erfordert, ist für den Außenbereich in Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV normiert. Gemäß dieser Bestimmung unterstehen jene völkerrechtlichen Verträge dem fakultativen Re-

³¹ M. Graf/E. Tophinke (Anm. 30), 200, Rz. 9; eine Minderheit der Lehre will die Exekutive i. d. R. zum Vertragsabschluss verpflichtet wissen, siehe Text zu Anm. 187.

³² Art. 189 Abs. 4 BV.

³³ O. Diggelmann, Verletzt die "Standardabkommen-Praxis" der Bundesversammlung die Bundesverfassung?, ZBl 115 (2014), 291 (310).

³⁴ Art. 24 Abs. 3 ParlG.

³⁵ G. Biaggini, BV Kommentar, 2007, 644, Rz. 3.

³⁶ Siehe Wortlaut Art. 140 Abs. 1 BV.

³⁷ B. Ehrenzeller/R. Nobs/D. Thürer/O. Diggelmann, Art. 140 BV, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. Schweizer/K. Vallender (Anm. 27), 2509, Rz. 19: Volk und Stände lehnten den Beitritt deutlich ab; die Schweiz trat den Vereinten Nationen schließlich im Gefolge einer im Jahre 2002 angenommenen Volksinitiative bei.

ferendum, die unbefristet und unkündbar sind, die den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen *oder* die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten bzw. deren Umsetzung den Erlass eines Bundesgesetzes erfordert.

Der Vollständigkeit halber ist noch zu erwähnen, dass das Referendum im Außenbereich entgegen dem Wortlaut von Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV³⁸ an den Genehmigungsbeschluss der beiden Räte anknüpft; materiell bezieht es sich indessen auf den völkerrechtlichen Vertrag.³⁹ Im Schrifttum wird des Leseflusses willens allerdings oft der Begriff "Referendum über völkerrechtliche Verträge" benutzt.⁴⁰ Vorliegend ist vom "Referendum im Außenbereich" die Rede, da – wie im Folgenden aufgezeigt wird – in der Praxis neben völkerrechtlichen Verträgen verschiedene andere Rechtsakte dem Referendum unterstellt werden.

2. Der Begriff des völkerrechtlichen Vertrags in der Bundesverfassung

Da sich die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Außenbereich per Art. 166 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV auf völkerrechtliche Verträge beziehen, ist zu ermitteln, wie Lehre und Praxis diesen Begriff verstehen.

Die große Mehrheit der Autorinnen und Autoren sowie die Bundesbehörden fassen den Begriff des völkerrechtlichen Vertrags in den genannten Verfassungsbestimmungen als einen Verweis auf das völkerrechtliche Konzept auf. Teils statuieren sie dies explizit.⁴¹ Teils ergibt sich dies implizit aus den Verweisen der Lehre und Praxis auf die völkerrechtliche Definition des Völkerrechtsvertrags.⁴²

³⁸ Art. 141a BV ist diesbezüglich präziser formuliert.

³⁹ Y. Hangartner/A. Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2000, 445, Rz. 1085, und 474, Rz. 1159.

⁴⁰ Statt vieler Y. Hangartner/A. Kley (Anm. 39), 433 ff.

⁴¹ So J. Moeri, Die Kompetenzen der schweizerischen Bundesversammlung in den auswärtigen Angelegenheiten, 1990, 38.

⁴² Meist verweisen sie auf die Definition des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, SR 0.111 (folgend: WVRK); so T. Sägeser, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, Stämpfli Handkommentar, 2007, 122 f., Rz. 4; und Mitteilung der Direktion für Völkerrecht des EDA und des Bundesamtes für Justiz des EJPD vom 14.6.2006, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 70 (2006), Nr. 69, A. (folgend: VPB 70.69); E. Grisel, Initiative et référendum populaires, 3. Aufl. 2004, 349, Rz. 922, betont zu Recht, dass diese Definition zu eng ist, da sie einzig Verträge zwischen Staaten und nicht mit anderen Völkerrechtssubjekten umfasst.

Ein Teil der Lehre vertritt hingegen die Auffassung, der Begriff des völkerrechtlichen Vertrags in Art. 166 Abs. 2 BV und Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV sei autonom auszulegen.⁴³ Es ist nicht unüblich, dass Verfassungsbegriffe von ihrem völkerrechtlichen Begriffspendant entkoppelt werden.⁴⁴ Aber selbst jene Autorinnen und Autoren, welche einem autonomen Begriff des völkerrechtlichen Vertrags das Wort reden, definieren ihn schließlich nicht anders als jene, welche den Begriff als einen Verweis auf die völkerrechtliche Definition verstehen.⁴⁵

Zusammenfassend messen somit Lehre und Bundesbehörden dem Begriff „völkerrechtlicher Vertrag“ im Kontext der genannten Verfassungsbestimmungen eine mit dem völkerrechtlichen Konzept in Übereinstimmung stehende Bedeutung zu. Und zwar ungeachtet dessen, ob sie von einem autonomen oder einem auf das Völkerrecht verweisenden Begriff ausgehen. Ein völkerrechtlicher Vertrag im Sinne der genannten Verfassungsbestimmungen ist demnach eine Übereinkunft zwischen zwei oder mehreren Völkerrechtssubjekten, die dem Völkerrecht unterstellt wird.⁴⁶

IV. Kompetenztransfers und demokratische Mitsprache im Außenbereich

Bleibt man innerhalb des Wortsinns, den Lehre und Praxis dem Begriff des völkerrechtlichen Vertrags in Art. 166 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV beimessen, so beschränkt sich die demokratische Mitwirkung von Parlament und Volk auf jene (Kompetenz-)normen, die in Form des völkerrechtlichen Vertrags entstehen. Im Folgenden wird in einem ersten Schritt aufgezeigt, dass auch heute noch völkerrechtliche Verträge zur Übertragung von Zuständigkeiten an internationale Akteure eingesetzt werden (Teil IV. 1.). In einem zweiten Schritt wird mittels verschiedener Praxisbeispiele belegt, dass Kompetenztransfers jedoch zusehends durch andere Rechtsakte erfolgen und die Bundesbehörden den Anwendungsbereich der einschlägigen Verfassungsbestimmungen mittels Analogieschluss auf verschiedene dieser Rechtsakte erstreckt haben (Teil IV. 2.). In einem dritten Schritt wird

⁴³ So Y. Hangartner/A. Kley (Anm. 39), 438 f., Rz. 1068.

⁴⁴ So interpretieren verschiedene Autoren, u. a. G. Biaggini (Anm. 35), 632, Rz. 13, und D. Thürer, § 11 Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: D. Thürer/J.-F. Aubert/J. P. Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, 2001, 184 f., Rz. 14-15, den Begriff „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ in Art. 139 Abs. 3 BV weiter als das völkerrechtliche Begriffspendant.

⁴⁵ Y. Hangartner/A. Kley (Anm. 39), 440 f., Rz. 1074.

⁴⁶ A. Peters (Anm. 18), 101, Rz. 1.

schließlich dargelegt, dass verschiedene Arten von Zuständigkeitsübertragungen mangels Analogieschluss weiterhin ohne (direkt-)demokratische Legitimation bleiben (Teil IV. 3.).

1. Kompetenztransfers mittels völkerrechtlichen Vertrags: innerhalb des Wortsinns

Für lange Zeit war der statische völkerrechtliche Vertrag das wichtigste Instrument, um Kompetenzen von der innerstaatlichen auf die internationale Ebene zu verlagern. Klassischerweise ratifizierte die Schweiz den Gründungsvertrag einer internationalen Organisation, durch den diese zur Wahrnehmung gewisser Kompetenzen ermächtigt wurde.⁴⁷ Dieses Szenario der Kompetenzübertragung reflektiert Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV, der völkerrechtliche Verträge, die den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen, dem fakultativen Referendum unterstellt. Jüngere Beispiele zur Anwendung dieser Referendumsbestimmung sind der Beitritt der Schweiz zum Internationalen Strafgerichtshof⁴⁸ und zur Internationalen Studienorganisation für Jute⁴⁹ – zwei Kompetenzübertragungen, die hinsichtlich ihrer Gewichtigkeit besonders weit auseinanderliegen.

Weit häufiger als die eben beschriebene Referendumsbestimmung findet heute Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV Anwendung, um Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure direkt-demokratisch zu legitimieren. Sie verlangt, völkerrechtliche Verträge, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass eines Bundesgesetzes erfordern, dem fakultativen Referendum zu unterstellen. Die Bundesbehörden greifen v. a. dann auf diese Bestimmung zurück, wenn ein internationaler Akteur nicht als internationale Organisation im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV qualifiziert werden kann (z. B. Vertragsorgane)⁵⁰ oder sie bewusst auf eine Qualifikation des fraglichen Akteurs verzichten (beispielsweise bei

⁴⁷ Gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (dazu statt vieler *M. Ruffert/C. Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2. Aufl. 2015, 74 ff.), das auch für Vertragsorgane gilt (so *G. Ulfstein*, Treaty Bodies and Regimes, in: D. Hollis, The Oxford Guide to Treaties, 2012, 428 und 432).

⁴⁸ Botschaft über das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof und eine Revision des Strafrechts vom 15.11.2000, BBl 2001 391, 484 ff.

⁴⁹ Botschaft zum Übereinkommen über die Aufgaben der Internationalen Studiengruppe für Jute von 2001 vom 9.1.2002, BBl 2002 1595, 1599.

⁵⁰ Siehe z. B. Botschaft über das Internationale Übereinkommen zur Regelung des Walfangs vom 15.8.1970, BBl 1979 III 630, 635.

EU-Agenturen)⁵¹. Jüngst hat der Bundesrat im Parlament beantragt, das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren, das den Ausschuss für die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen zum Empfang von Mitteilungen von Einzelpersonen ermächtigt, zu genehmigen und gestützt auf Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV dem Referendum zu unterstellen.⁵²

Schließlich unterstehen gemäß Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 BV völkerrechtliche Verträge, die unbefristet und unkündbar sind, dem fakultativen Referendum. Kompetenztransfers an internationale Akteure werden selten gestützt auf diese Bestimmung dem Referendum unterstellt. Ein Beispiel geben immerhin die Zusatzprotokolle zur Revidierten Rheinschiffahrtsakte her, welche zu einer Ausweitung der Zuständigkeiten der Zentralkommission für die Rheinschiffahrt führten.⁵³

Die angeführten Beispiele zeigen, dass Kompetenztransfers auch heute noch verschiedentlich durch Völkerrechtsvertrag erfolgen; womit das Tatbestandselement "völkerrechtlicher Vertrag" in Art. 166 Abs. 2 bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV zweifelsohne erfüllt ist.

2. Kompetenztransfers mittels anderer (völkerrechtlicher) Akte: Analogiebildung

Die Situationen, in denen die Übertragung von Zuständigkeiten an internationale Akteure *nicht* auf völkerrechtlichem Vertrag, sondern auf einem anderen (völkerrechtlichen oder gar innerstaatlichen) Rechtsakt beruht, mehrten sich allerdings. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Bundesbe-

⁵¹ Siehe Botschaft über die Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Agentur für Flugsicherheit EASA vom 25.5.2005 (folgend: Botschaft Teilnahme EASA), BBl 2005 3857, 3881; und Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft betreffend die Übernahme der Verordnung zur Errichtung von FRONTEX und der RABIT-Verordnung vom 13.2.2008 (folgend: Botschaft Frontex/Rabit), BBl 2008 1455, 1476.

⁵² Botschaft zur Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 19.12.2011 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 11.12.2015, BBl 2016 217, 243 (folgend: Botschaft Mitteilungsverfahren KKK).

⁵³ Siehe Botschaft über zwei Zusatzprotokolle zur Revidierten Rheinschiffahrtsakte vom 6.2.1980, BBl 1980 I 1341, 1352 und 1355: das Protokoll ändert u. a. Art. 23 Revidierte Rheinschiffahrts-Akte vom 17.10.1868 zwischen Baden, Bayern, Frankreich, Hessen, den Niederlanden und Preußen, SR 0.747.224.101, der die Zentralkommission ermächtigt, jene Schiffe zu bezeichnen, welche nicht in den Anwendungsbereich der durch sie erlassenen Verordnungen betreffend Attest- und Patentpflicht fallen (diese Ausnahmen wurden früher in der Bestimmung selbst aufgeführt).

hörden gewisse dieser Rechtsakte – namentlich privatrechtliche und hybride Verträge, Beschlüsse internationaler Organe und einseitige Rechtsakte – als Analoga zum Tatbestandselement “völkerrechtlicher Vertrag” in Art. 166 Abs. 2 BV und Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV taxiert haben.

a) Privatrechtliche und hybride Verträge

Wir beginnen mit einer Konstellation, in welcher der Kompetenztransfer zwar durch Vertrag erfolgt – dieser aber kein *völkerrechtlicher* Vertrag ist, weil er nicht (einzig) durch das Völkerrecht bestimmt wird und/oder weil ihn die Schweiz nicht (einzig) mit Völkerrechtssubjekten abschließt. Es handelt sich somit um einen Vertrag, der nicht vom Wortlaut von Art. 166 Abs. 2 bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV abgedeckt ist.

Solche Verträge werden namentlich geschlossen, um sogenannte gemeinsame Unternehmen zu gründen. Diese zwecks grenzüberschreitender Zusammenarbeit errichteten Entitäten zeichnen sich u. a. dadurch aus, dass nicht nur Staaten, sondern auch Untergliederungen von Staaten und Private Mitglied sein können. Außerdem beruhen sie nicht zwingend auf völkerrechtlichem Vertrag;⁵⁴ vielmehr können sie gestützt auf sehr unterschiedliche Rechtsakte errichtet werden – seien es innerstaatliche, völkerrechtliche oder gar hybride, d. h. teils dem Völkerrecht, teils dem innerstaatlichen Recht unterstehende.⁵⁵

Die Teilnahme der Schweiz an der Forschungsinfrastrukturanlage European XFEL liefert ein jüngeres Beispiel für ein gemeinsames Unternehmen, dessen Errichtung – nach Lesart der Bundesbehörden – nicht ausschließlich durch völkerrechtlichen Vertrag erfolgte. Die Gründung der European XFEL fußt auf drei Dokumenten: einem klassischen völkerrechtlichen Vertrag (XFEL-Übereinkommen);⁵⁶ einem Gesellschaftsvertrag, der dem XFEL-Übereinkommen als Anlage beigefügt ist⁵⁷ und deutschem Recht

⁵⁴ S. Hamamoto, Joint Undertakings (January 2013), in: R. Wolfrum, MPEPIL online edition, Rz. 3; und V. Epping, § 9 Sonstige Völkerrechtssubjekte, in: K. Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, 385, Rz. 17.

⁵⁵ Siehe Institut de droit international, Résolution: Le droit applicable aux entreprises internationales communes, étatiques ou paraétatiques à caractère économique, 1985, Art. 2 i. V. m. Art. 7; so auch I. Seidl-Hohenveldern/G. Loibl, Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 7. Aufl. 2000, 57, Rz. 0338.

⁵⁶ Übereinkommen über den Bau und Betrieb einer Europäischen Freie-Elektronen-Röntgenlaseranlage vom 30.11.2009, SR 0.422.10.

⁵⁷ Art. 1 Abs. 1 XFEL-Übereinkommen.

unterliegt (XFEL-Gesellschaftsvertrag)⁵⁸; und einer Schlussakte der Bevollmächtigtenkonferenz, die keine völkerrechtlichen Rechte und Pflichten begründet (XFEL-Schlussakte).⁵⁹

Ob und wie diese drei Dokumente zusammenhängen, kann unterschiedlich bewertet werden. Der Wortlaut des European XFEL-Übereinkommens legt nahe, dass der Gesellschaftsvertrag Bestandteil des Übereinkommens ist (Inkorporation).⁶⁰ Nach dieser Lesart läge somit ein völkerrechtlicher Vertrag vor, womit wir uns innerhalb des Wortlauts von Art. 166 Abs. 2 bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV bewegen. Ebenso vertretbar ist die Ansicht, dass es sich um einen hybriden Vertrag handelt: der Hauptteil des XFEL-Übereinkommens folgt dem Völkerrecht, während der Gesellschaftsvertrag deutschem Privatrecht unterliegt.⁶¹ Nach einer dritten Lesart, die jener der Bundesbehörden entspricht, sind die drei Dokumente als je separate Einheit zu betrachten.⁶² Der Bundesrat hat den XFEL-Gesellschaftsvertrag, der ausländischem Privatrecht untersteht, somit als eigenständigen Akt aufge-

⁵⁸ Art. 31 Gesellschaftsvertrag der "European X-Ray Free-Electron Laser Facility GmbH" (European XFEL GmbH), Anlage zum XFEL-Übereinkommen.

⁵⁹ Zum Inhalt der Schlussakte, welche die wesentlichen Verhandlungsschritte zusammenfasst und das Beschlussprotokoll der Unterzeichnungskonferenz enthält, siehe Botschaft über die Genehmigung der Schweizer Teilnahme an der internationalen Forschungsinfrastrukturanlage "European XFEL" vom 28.4.2010, BBl 2010 3031 (folgend: Botschaft XFEL Teilnahme), 3036. Der Begriff "Schlussakte" wird hier in seiner heute gängigen, sich in Art. 10(b) WVRK widerspiegelnden Bedeutung verwendet und *nicht* – wie v. a. in der Praxis des 19. Jahrhunderts – zur Bezeichnung eines völkerrechtlichen Vertrags (dazu *M. Wood*, Final Act [May 2013], in: R. Wolfrum [Anm. 54], Rz. 1 und 6).

⁶⁰ Siehe Art. 17 Abs. 2 XFEL-Übereinkommen.

⁶¹ Diese Qualifikation hat u. a. zur Folge, dass die Auslegung der beiden Vertragsteile je anderen Regeln – den völkerrechtlichen bzw. den für das deutsche Zivilrecht maßgebenden – folgt.

⁶² So schreibt der Bundesrat, dass neben dem XFEL-Übereinkommen auch ein Gesellschaftsvertrag und eine Schlussakte erarbeitet wurden. Die Teilnahme der Schweiz an der Forschungsinfrastruktur bedinge, dass sie Teilhaberin der XFEL GmbH werde; dies setze voraus, dass "die Schweiz sowohl den Gesellschaftsvertrag als auch das XFEL-Übereinkommen und die Schlussakte" übernehme (Botschaft XFEL Teilnahme [Anm. 59], 3036). Ebenfalls taucht die Wendung auf, dass dem Parlament "Schlussakte, Übereinkommen und Gesellschaftsvertrag" zur Genehmigung vorgelegt werden (Botschaft XFEL Teilnahme [Anm. 59], 3032). Auch die Erklärung der Schweiz in der Schlussakte deutet auf das Verständnis hin, dass sie den Gesellschaftsvertrag als ein separates und nicht in das XFEL-Übereinkommen (und somit in den völkerrechtlichen Vertrag) inkorporiertes Element auffasst. So wird zum einen von XFEL-Übereinkünften (in der Mehrzahl) gesprochen, wenn auf Übereinkommen, Gesellschaftsvertrag und Schlussakte verwiesen wird. Zum anderen erklärt die Schweiz im Falle von Rechtsstreitigkeiten den Gesellschaftsvertrag zum primär maßgebenden Recht – was darauf hindeutet, dass sie den Gesellschaftsvertrag als ein vom XFEL-Übereinkommen losgelöstes Rechtsinstrument versteht (siehe Erklärung der Schweizerischen Eidgenossenschaft bezüglich ihrer finanziellen Verpflichtungen und zum geistigen Eigentum, enthalten in der Schlussakte zum XFEL-Übereinkommen).

fasst; nichtsdestotrotz hat er ihn (neben dem XFEL-Übereinkommen und der XFEL-Schlussakte) der Bundesversammlung zur Genehmigung zugeführt. Diese hat ihrerseits alle drei Dokumente (auch den XFEL-Gesellschaftsvertrag) dem fakultativen Referendum unterstellt.⁶³

Die Bundesbehörden haben somit die auf den *völkerrechtlichen* Vertrag zugeschnittenen Bestimmungen zur demokratischen Mitwirkung auf einen dem ausländischen Privatrecht unterstehenden Vertrag angewandt. Es mag nun der Einwand folgen, dass dies nur deshalb geschah, weil neben diesem privatrechtlichen Instrument gleichzeitig auch ein völkerrechtlicher Vertrag (das XFEL-Übereinkommen) zu genehmigen war. Mit anderen Worten: dass der privatrechtliche Gesellschaftsvertrag in den Sog des Völkerrechtsvertrags kam und deshalb die innerstaatlichen Regeln zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf ihn Anwendung fanden. Dieses Argument kann jedoch mit Verweis auf zwei Beispiele entkräftet werden, bei denen privatrechtliche Verträge den innerstaatlichen Bestimmungen zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge unterworfen wurden – ohne dass gleichzeitig ein Völkerrechtsvertrag vorgelegen hätte.

Am 24.11.2011 schloss das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT) im Namen des Schweizerischen Bundesrats ein Abkommen mit der Ambient Assisted Living (AAL) International Association, wodurch die Schweiz Mitglied in derselben wurde.⁶⁴ Es handelt sich beim Vertragspartner um eine *Association Internationale Sans But Lucratif* nach belgischem Recht, also um eine juristische Person ausländischen Privatrechts. Der Verein ist verantwortlich für die Implementierung eines Forschungsprogramms zur Förderung von Innovationen zur Unterstützung älterer Menschen. Das Abkommen selbst untersteht belgischem Recht.⁶⁵ Da nicht alle Vertragsparteien Völkerrechtssubjekte sind und der Vertrag nicht durch das Völkerrecht bestimmt wird, handelt es sich nicht um einen völkerrechtlichen Vertrag. Nichtsdestotrotz hat der Bundesrat ihn wie einen völkerrechtlichen Vertrag behandelt. Er schloss ihn gestützt auf Art. 16j des Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und der Innovation ab.⁶⁶ Diese Delegationsnorm ermächtigt ihn, *völkerrechtliche Verträge* über die internationale wissenschaftliche Zusammenarbeit im Bereich Forschung

⁶³ Botschaft XFEL Teilnahme (Anm. 59), 3041.

⁶⁴ Art. 2 Abs. 5 Abkommen zwischen dem Bundesamt für Berufsbildung und Technologie BBT, im Namen des Schweizerischen Bundesrats und der AAL International Association (Teilnahme der Schweiz am Programm für Forschung und Entwicklung AAL) vom 24.11.2010, SR 0.420.513.12 (folgend: AAL-Abkommen).

⁶⁵ Art. 15 Abs. 2 AAL-Abkommen.

⁶⁶ Bundesgesetz vom 14.12.2012 über die Förderung der Forschung und der Innovation (FIFG), SR 420.1 (aufgehoben per 1.1.2014).

und Innovation abzuschließen; und konkretisiert, welche Materien von dieser „Staatsvertragsschlusskompetenz“ (so der Wortlaut der Bestimmung) namentlich erfasst sind. Das Abkommen wurde kohärenterweise in den Bericht des Bundesrates über die von ihm im Jahre 2010 abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge, den er *qua* Art. 48a Abs. 2 RVOG der Bundesversammlung zu erstatten hat, aufgenommen.⁶⁷ Und in der Systematischen Rechtssammlung fand es Aufnahme in der Rubrik „Internationales Recht“. Der Umstand, dass das Publikationsrecht nur zwei Formen der Entstehung völkerrechtlicher Verpflichtungen nennt – den völkerrechtlichen Vertrag und den Beschluss des internationalen Rechts – deutet ebenfalls auf eine analoge Anwendung der für den völkerrechtlichen Vertrag zugeschnittenen innerstaatlichen Bestimmungen auf gewisse privatrechtliche Verträge hin.

Das zweite Beispiel, das belegt, dass die Bundesbehörden bereit sind, die innerstaatlichen Regeln zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf gewisse privatrechtliche bzw. hybride Verträge anzuwenden, liefern die sogenannten *state contracts*. Die Völkerrechtslehre bezeichnet damit üblicherweise Verträge, die zwischen einem Staat und einer Person ausländischen Privatrechts⁶⁸ geschlossen werden; klassischerweise handelt es sich um Investitions-, Handels- oder Darlehensverträge.⁶⁹ Die Bundesbehörden haben auch Verträge, welche die Schweiz mit der Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) – eine *non-profit* Organisation nach kalifornischem Recht – schließt,⁷⁰ der Kategorie der *state contracts* zugeordnet, womit sie vom klassischen Begriffsverständnis abweichen. Und sie haben auf diese Verträge die innerstaatlichen Regeln zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge als analog anwendbar erklärt. Im Erläuterungsbericht zur Verordnung über die Internet-Domains wird dies im Einzelnen wie folgt begründet: Wenn die Schweiz mit der ICANN kontrahiere, so handle

⁶⁷ Bericht des Bundesrates über die im Jahr 2010 abgeschlossenen internationalen Verträge vom 18.5.2011, BBl 2011 4983, 5383. Das Parlament kann anhand dieses Berichts überprüfen, ob der Bundesrat seine selbstständige Vertragsschlusskompetenz überschritten hat; ist es dieser Ansicht, kann es den Bundesrat mit einer Motion beauftragen, ihm den fraglichen Vertrag bzw. die Vertragsänderung (bzw. den Beschluss oder die Änderung des Beschlusses) nachträglich zur Genehmigung zu unterbreiten: Bericht über die im Jahr 2015 abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge vom 25.5.2016, BBl 2016 5371, 5439 und 6060.

⁶⁸ Die Doktrin erwähnt v. a. Multinationale bzw. Transnationale Unternehmen; so R. Dolzer, Wirtschaft und Kultur, in: W. Graf Vitzthum/A. Proelß, Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, 470 ff., Rz. 53–62; und V. Epping (Anm. 54), 384 ff., Rz. 16–19.

⁶⁹ I. Marboe/A. Reinisch, Contracts between States and Foreign Private Law Persons (May 2011), in: R. Wolfrum (Anm. 54), Rz. 1, 9–27.

⁷⁰ Z. B. der im Oktober 2014 geschlossene Vertrag betreffend den Betrieb der Domain .swiss durch die Schweiz: BAKOM, Die Einführung der neuen Internet-Domain .swiss, 8.5.2015, <www.bakom.admin.ch>.

es sich nicht um einen völkerrechtlichen Vertrag, da der ICANN keine Völkerrechtssubjektivität eigne. Auch könne die Schweiz über die ICANN keine Hoheitsgewalt ausüben,⁷¹ weshalb es sich auch nicht um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag nach Schweizer Recht handle. Endlich sei ein solcher Vertrag auch nicht Gegenstand des internationalen Privatrechts, da die Schweiz durch dessen Abschluss eine hoheitliche Aufgabe wahrnehme. Verträge zwischen einem Staat und einer privaten Rechtsperson ausländischen Rechts, die keiner der drei genannten Vertragskategorien zuzuordnen seien, würden als *state contracts* bezeichnet. Die Parteien könnten den Vertrag in Ausübung der Vertragsfreiheit dem Völkerrecht oder einem frei wählbaren innerstaatlichen Recht unterstellen. Nach Praxis des Bundes werde die Organkompetenz zum Abschluss von *state contracts* analog zur Kompetenz zum Abschluss entsprechender völkerrechtlicher Verträge beurteilt. Jenes Bundesorgan sei zum Abschluss ermächtigt, das auch einen völkerrechtlichen Vertrag mit entsprechendem Inhalt abschließen dürfe.⁷²

Die Beispiele der European XFEL, der AAL International Association sowie der ICANN widerspiegeln den Trend, dass sich öffentliche und private Elemente immer mehr verschränken (von der *public-private divide* hin zu *public-private partnerships*) und zwar nicht nur innerhalb der Staatsgrenzen, sondern darüber hinaus. Dieser Trend zeitigt Auswirkungen auf der Ebene der zur Regelung von Rechtsbeziehungen eingesetzten Rechtsinstrumente: vermehrt werden Verträge geschlossen, die nicht als völkerrechtliche Verträge qualifiziert werden können, sondern privatrechtlicher oder hybrider Natur sind. Die angeführten Beispiele zeigen aber auch, dass die Bundesbehörden – in gewissen, noch näher zu bestimmenden Fällen⁷³ – bereit sind, die innerstaatlichen Regeln zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf solche Verträge analog anzuwenden.

⁷¹ Die ICANN ihrerseits übt jedoch internationale öffentliche Gewalt (zur Definition, siehe Anm. 9) aus; siehe *M. Hartwig*, ICANN – Governance by Technical Necessity, in: A. v. Bogdandy/R. Wolfrum/J. v. Bernstorff/P. Dann/M. Goldmann, *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, 2010, 604 f.

⁷² Siehe z. B. BAKOM, Verordnung über die Internet-Domains (VID), 13.2.2014, 4. Art. 64 Abs. 1 Fernmeldegesetz (FMG) vom 30.4.1997, SR 784.10, ermächtigt den Bundesrat, internationale Vereinbarungen im Bereich des Fernmeldewesens selbstständig abzuschließen; darunter fallen auch die Verträge zwischen der Schweiz und der ICANN.

⁷³ Über ein mögliches Eingrenzungskriterium, siehe Teil V. 3. a) bb).

b) Beschlüsse internationaler Organe

Im Folgenden wenden wir uns einer weiteren Kategorie von Rechtsakten zu, welche die Bundesbehörden im Bereich der Mitwirkungsrechte als Analogon zum völkerrechtlichen Vertrag gewertet haben, nämlich den Beschlüssen internationaler Organe.

Im Bereich des gesetzten Völkerrechts nahm der statische Völkerrechtsvertrag lange eine zentrale Rolle ein. An seine Stelle treten jedoch – wie eingangs erwähnt – vermehrt dynamische Verträge,⁷⁴ welche u. a. Organe einsetzen, die im Beschlussverfahren⁷⁵ Recht setzen können. Sie sind namentlich ermächtigt, per Beschluss den entsprechenden Vertrag zu ändern (vertragsbezogene Beschlüsse) bzw. in sich geschlossene, selbstständige Rechtsinstrumente zu erlassen oder diese zu ändern (selbstständige Beschlüsse)⁷⁶.

Das Verfahren der Rechtsetzung per Beschluss kann in zwei Phasen unterteilt werden: in jene der Beschlussfassung im internationalen Organ; und in jene der innerstaatlichen Genehmigung des Beschlusses. In der ersten Phase wird der rechtsetzende Beschluss durch das zuständige internationale Organ – nicht selten per Mehrheitsentscheid – verabschiedet.⁷⁷ Handelt es sich um einen unmittelbar verbindlichen Beschluss, entfaltet dieser *qua* Annahme im zuständigen internationalen Organ Bindungswirkung; es findet kein an die Beschlussfassung anschließendes innerstaatliches Genehmigungsverfahren statt.⁷⁸ Weiter gibt es Beschlüsse, welche ebenfalls mit der

⁷⁴ A. Peters, Treaty Making Power (March 2009), in: R. Wolfrum (Anm. 54), Rz. 10; siehe auch Text zu Anm. 17 ff.

⁷⁵ Vorliegend wird mit R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, 91 f., das Beschlussverfahren als ein eigenständiges Rechtsetzungsverfahren verstanden, das sich vom Verfahren zum Abschluss bzw. der Änderung eines Vertrags nach dem Recht der völkerrechtlichen Verträge unterscheidet.

⁷⁶ Z. B. die Ausführungsordnung zum Europäischen Patentübereinkommen vom 7.12.2006, SR 0.232.142.21 (folgend: AO EPÜ 2000).

⁷⁷ So z. B. Art. XIII Abs. 1 Verfassung der Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur vom 16.11.1945, SR 0.401 (folgend: UNESCO-Verfassung), für gewisse Vertragsänderungen; oder Art. 35 Abs. 2 Europäisches Patentübereinkommen, revidiert in München am 29.11.2000 (EPÜ 2000) vom 5.10.1973, SR 0.232.142.2 (folgend: EPÜ 2000) für Beschlüsse, welche die AO EPÜ 2000 ändern.

⁷⁸ J. Aston, Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemeinschaftsdisziplin, 2005, 167; J. Brummée, Consent (October 2010), in: R. Wolfrum (Anm. 54), Rz. 11. Verschiedene Verträge sehen ihre Änderung per unmittelbar verbindlichen Beschluss vor: so Art. XIII Abs. 1 UNESCO-Verfassung für gewisse Vertragsänderungen; Art. 22 Abs. 5 Rotterdamer Übereinkommen über das Verfahren der vorherigen Zustimmung nach Inkennntnissetzung für bestimmte gefährliche Chemikalien sowie Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel im internationalen Handel vom 10.9.1998, SR.916.21 (folgend: Rotterdamer Übereinkommen), für die Änderungen der Anlage III; und Art. 22 Abs. 1 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und

Verabschiedung durch das internationale Organ Bindungswirkung entfalten,⁷⁹ diese aber mittels Einspruch eines oder mehrerer Staaten für den einsprechenden bzw. für alle Vertrags- oder Mitgliedstaaten aufgehoben werden können.⁸⁰ Dieses Verfahren, das zahlreiche Spielarten kennt, wird landläufig als *opting out*-Verfahren bezeichnet.⁸¹ Schließlich existieren jene Beschlüsse, die erst dann Bindungswirkung entfalten, wenn sie innerstaatlich genehmigt worden sind. Oft wird dieses als *opting in* referierte Verfahren mit dem klassischen, dem Recht der Verträge unterliegenden Vertragsschluss- bzw. Vertragsänderungsverfahren gleichgesetzt.⁸² Es weist in der Tat die Gemeinsamkeit auf, dass ein innerstaatliches Zustimmungsverfahren stattfindet. Gewisse *opting in*-Verfahren sehen jedoch vor, dass ein Beschluss für *alle* Staaten verbindlich wird, wenn er durch ein gewisses Quorum von Staaten genehmigt wurde.⁸³ In diesen Fällen besteht ein zentraler Unterschied zum Verfahren nach dem Recht der Verträge, bei dem ein Staat nur dann an einen neuen Vertrag bzw. an eine Vertragsänderung gebunden wird, wenn er zustimmt (Konsensprinzip).⁸⁴

Durch Beschlüsse internationaler Organe werden u. a. Zuständigkeiten internationaler Akteure begründet bzw. anerkannt. Es stellt sich somit die Frage, ob auch solche Kompetenztransfers gestützt auf Art. 166 Abs. 2 BV durch das Parlament genehmigt bzw. in Anwendung von Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV dem Referendum unterstellt werden können. Verschiedene Auto-

der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21.6.1999 (folgend: LVA) für Beschlüsse des Gemischten Ausschusses, welche u. a. den Anhang des LVA ändern.

⁷⁹ So J. Aston (Anm. 78), 170 f.; und B. Ebrenzeller, Legislative Gewalt und Aussenpolitik, 1993, 519.

⁸⁰ J. Aston (Anm. 78), 169; zum *opting out* Verfahren, siehe auch D. König, Tacit Consent/Opting Out Procedure (January 2013), in: R. Wolfrum (Anm. 54), *passim*.

⁸¹ So sind z. T. nur jene Staaten einspruchsberechtigt, die gegen den Beschluss gestimmt haben; so beim Internationalen Währungsfonds bei Beschlüssen zu Sonderziehungsrechten: J. Gold, Voting and Decision in the International Monetary Fund, 1972, 102 f. Oder die Aufhebung der Bindungswirkung ist an gewisse Voraussetzungen geknüpft; Art. 20 Europäisches Übereinkommen über die internationale Beförderung von gefährlichen Gütern auf Binnenwasserstrassen (ADN) vom 26.5.2000, SR 0.747.208, sieht z. B. vor, dass der Beschluss nur dann beseitigt wird, wenn ein Drittel bzw. mindestens fünf Staaten Einspruch dagegen einlegen. Unterschiede bestehen auch hinsichtlich der Wirkung des Einspruchs, namentlich ob er die Bindungswirkung nur für den einsprechenden Staat (z. B. Art. 22 Abs. 3 und 4 Rotterdamer Übereinkommen) oder überhaupt aufhebt (z. B. Art. 35 Abs. 3 EPÜ 2000).

⁸² Siehe dazu A. Petrig (Anm. 8), 512 und 525.

⁸³ So z. B. Art. 33 Abs. 3 Statuten der Weltorganisation für Tourismus (WTO) vom 27.9.1970, SR 0.935.21; siehe auch Anm. 92.

⁸⁴ C. Tietje, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001, 251; J. Brunnée (Anm. 78), Rz. 5.

ren verneinen dies.⁸⁵ Folgt man dieser Meinung, so fiele der Entscheid, einem Beschluss im internationalen Organ zuzustimmen bzw. anlässlich des innerstaatlichen Genehmigungsverfahrens Einspruch zu erheben oder diesem zuzustimmen, in die alleinige Zuständigkeit der Exekutive.

Ein Blick in die Praxis zeigt jedoch, dass Beschlüsse aller drei Kategorien – unmittelbar verbindliche sowie dem *opting out*-oder *opting in*-Verfahren unterliegende – dem Parlament zur Genehmigung unterbreitet bzw. dem Referendum unterstellt worden sind.⁸⁶ Diese Praxis widerspiegelt sich auch in dem am 1.1.2016 in Kraft getretenen Art. 3 des Publikationsgesetzes, der stipuliert, dass “völkerrechtliche Verträge und die Beschlüsse des internationalen Rechts, die dem obligatorischen Referendum nach Art. 140 Abs. 1 Bst. b oder dem fakultativen Referendum nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV unterstehen” in der Amtlichen Sammlung zu publizieren sind.⁸⁷ Beschlüsse werden in dieser Bestimmung als grundsätzlich referendumstaugliches völkerrechtliches Instrument angesehen.⁸⁸

⁸⁵ Die Möglichkeit, Beschlüsse dem Referendum im Außenbereich zu unterstellen, umfassend verneinend: Y. Hangartner/A. Kley (Anm. 39), 444, Rz. 1082; und B. Brunner, Das Staatsvertragsreferendum: Ein Volksrecht im Wandel, 2014, 89. Die Mitwirkung an *unmittelbar anwendbaren* Beschlüssen, also einer Subkategorie der Beschlüsse, verneinend: D. Thürer/F. Isliker, Art. 166 BV, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. Schweizer/K. Vallender (Anm. 27), Rz. 54. J. Künzli, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 128 (2009), 47 (57 und 59 f.), schließt die demokratische Partizipation *a priori* aus, wenn Staaten ohne ihre Zustimmung völkerrechtlich gebunden werden und verweist auf das Beispiel der Revision internationaler Verträge per Mehrheitsbeschluss.

⁸⁶ Zu *vertragsbezogenen* Beschlüssen, die *unmittelbar anwendbar* sind, siehe Beispiele Anm. 91. Für vertragsbezogene Beschlüsse, die im *opting out* Verfahren ergingen, siehe z. B. Botschaft betreffend das Protokoll zur Änderung des Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen des Europarates vom 5.5.1989 vom 6.12.1999, BBl 2000 1291, 1299; und Botschaft über die Genehmigung des europäischen Übereinkommens über die internationale Beförderung von gefährlichen Gütern auf Binnenwasserstrassen (ADN) vom 3.2.2010, BBl 2000 1291 (folgend: Botschaft ADN), 955 und 958. Für vertragsbezogene Beschlüsse, die im *opting in* Verfahren ergehen, siehe Beispiel in Anm. 92. Dass die innerstaatliche Kompetenzordnung für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge auch auf *selbstständige* Beschlüsse analog angewandt wird, geht aus dem Umstand hervor, dass sie in den jeweiligen Berichten des Bundesrates über die von ihm abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge (verlangt durch Art. 48a Abs. 2 RVOG; siehe dazu Anm. 67) aufgeführt werden. So z. B. die durch den Verwaltungsrat der Europäischen Patentorganisation beschlossenen Änderungen der AO EPÜ 2000.

⁸⁷ Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG) vom 18.6.2004, SR 170.512.

⁸⁸ Siehe auch Art. 2 Verordnung über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsverordnung, PublV) vom 7.10.2015, SR 170.512.1, welcher durch seinen Verweis auf Art. 7a RVOG (siehe dazu Anm. 29) ebenfalls auf die analoge Anwendbarkeit der innerstaatlichen Regeln zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf Beschlüsse internationalen Rechts schließen lässt.

Bei unmittelbar verbindlichen Beschlüssen, deren Bindungswirkung für die Schweiz *qua* ihrer Annahme im internationalen Organ eintritt und später nicht mehr beseitigt werden kann, hat der Bundesrat verschiedentlich bereits den *Beschlussentwurf* dem Parlament zur Genehmigung unterbreitet; und dieses den fraglichen Entwurf dem Referendum unterstellt. Diese Vorgehensweise bedingt allerdings, dass der wesentliche Inhalt des Beschlusses bereits vor dessen Verabschiedung im entsprechenden internationalen Organ feststeht.⁸⁹ Soll die direkt-demokratische Mitwirkung ähnlich gehaltvoll sein wie beim Völkerrechtsvertrag, sollte die Schweiz außerdem in der Lage sein, den definitiven Beschluss im internationalen Organ zu verhindern (Vetostimme), falls die Bundesversammlung oder das Volk den Beschlussentwurf ablehnt. Diese beiden Bedingungen – feststehender Inhalt und Vetostimme der Schweiz – waren bei verschiedenen Beschlüssen des Gemischten Ausschusses des Luftverkehrsabkommens zwischen der Schweiz und der EU,⁹⁰ die zur Anerkennung gewisser Zuständigkeiten von EU-Organen führten, erfüllt; die Bundesversammlung hat diese Beschlussentwürfe genehmigt und dem fakultativen Referendum unterstellt.⁹¹

Demokratische Mitwirkung wurde sogar in Bezug auf Beschlüsse gewährt, deren Bindungswirkung die Schweiz *nicht* Kraft ihrer eigenen Stimme verhindern kann; namentlich solche, die zwar einem innerstaatlichen Genehmigungsverfahren unterliegen, aber für *alle* Staaten in Kraft treten, wenn *gewisse* Staaten sie genehmigen. Die Resolution Nr. 997 des IOM-Rates – durch die er seine eigenen Kompetenzen erweitert hat – illustriert dies. Diese durch den Rat unilateral beschlossene Satzungsänderung tritt für *alle* Mitglieder in Kraft, wenn sie von zwei Dritteln der Vertragsstaaten ge-

⁸⁹ Mitteilung der Direktion für Völkerrecht (EDA) und des Bundesamtes für Justiz (EJPD) nach zustimmender Kenntnis des Bundesrates vom 14.12.1987, VPB 51 (1987) Nr. 58, Ziff. 7.

⁹⁰ Der durch das LVA eingesetzte Gemischte Ausschuss fasst seine Beschlüsse einvernehmlich (Art. 21 Abs. 1 LVA).

⁹¹ Siehe z. B. Botschaft Teilnahme EASA (Anm. 51), 3881; und Bundesbeschluss über die Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Agentur für Flugsicherheit EASA vom 16.12.2005, AS 2009, 3207; der EASA kommt u. a. das Recht zu, Unternehmen auf Schweizer Hoheitsgebiet gewisse Zulassungen im Bereich der Luftfahrt zu erteilen bzw. zu entziehen und Inspektionen bei denselben und Schweizer Behörden durchzuführen, um die Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften zu überwachen; siehe auch Botschaft zur Teilrevision 1 des Luftfahrtgesetzes vom 20.5.2009, BBl 2009 4915 (folgend: Botschaft Teilrevision 1 LFG), 4982 f.; und Bundesbeschluss über die Genehmigung der Weiterführung der Beteiligung der Schweiz an der Europäischen Flugsicherheitsagentur EASA, BBl 2010 4363, betreffend die Kompetenz der Europäischen Kommission, Unternehmen Gelbußen und Zwangsgelder aufzuerlegen, die gegen wettbewerbsrechtliche Regeln im Luftverkehr verstoßen.

nehmigt wird.⁹² Anders als bei Kompetenztransfers, die durch völkerrechtlichen Vertrag erfolgen, kann der einzelne Staat hier die Übertragung der Zuständigkeit an einen Völkerrechtsakteur nicht unbedingt verhindern. Dies hat zur Folge, dass die Schweizer Exekutive einen allfälligen Entscheid vom Parlament bzw. Volk, eine gewisse völkerrechtliche Bindung *nicht* eingehen zu wollen, auf internationaler Ebene u. U. nicht durchsetzen kann. Diese Substanzverluste bei den demokratischen Mitwirkungsrechten werden später noch näher beleuchtet.⁹³

c) Einseitige Rechtsakte (v. a. einseitige Erklärungen)

Die Bundesbehörden haben neben privatrechtlichen bzw. hybriden Verträgen und Beschlüssen internationaler Organe auch einseitige Rechtsakte im Kontext der demokratischen Mitwirkungsrechte im Außenbereich dem völkerrechtlichen Vertrag gleichgestellt. Zu dieser Kategorie kommen wir jetzt.

Staaten können Zuständigkeiten internationaler Akteure auch mittels einseitiger Rechtsakte, namentlich durch formelle Erklärung, anerkennen. Es wird im Folgenden aufgezeigt, dass die Bundesbehörden verschiedentlich solche einseitigen Erklärungen der Schweiz der parlamentarischen Genehmigung bzw. dem Referendum im Außenbereich zugeführt haben. Und zwar unabhängig davon, ob diese mit einem völkerrechtlichen Vertrag in Zusammenhang standen oder unabhängig von einem solchen erfolgten.

Einseitige Rechtsakte sind nicht Teil der Völkerrechtsquellentrias, wie sie Art. 38 Statut des Internationalen Gerichtshofs (IGH) widerspiegelt. Es herrscht aber Einigkeit darüber, dass sie völkerrechtliche Rechte und Pflichten begründen können. Einseitige Rechtsakte weisen drei Eigenschaften auf:

⁹² Botschaft betreffend die Änderung der Satzung der Internationalen Organisation für Migration vom 14.11.2012 (folgend: Botschaft Satzungsänderung IOM), 9162 und 9168; und Art. 2 Bundesbeschluss über die Genehmigung der Änderungen der Satzung der Internationalen Organisation für Migration vom 21.6.2013, AS 2014, 737; mittels Resolution Nr. 997 hat der Rat der IOM eine Neugestaltung des Verfahrens für wesentliche Satzungsänderungen beschlossen. Diese sieht vor, dass *wesentliche* Satzungsänderungen künftig mit einer Zweidrittelmehrheit vom Rat der IOM verabschiedet werden können und diese für *alle* Staaten in Kraft treten, wenn sie von zwei Dritteln der Mitglieder genehmigt worden sind. Dieses Abweichen vom Konsensprinzip bei Satzungsänderungen sieht die aktuelle Satzung bereits vor, allerdings nur für *unwesentliche* Satzungsänderungen; als solche wurde die hier in Frage stehende Resolution Nr. 997 (vielleicht zu Unrecht) qualifiziert, weshalb sie für die Schweiz ungeachtet einer allfälligen Nichtgenehmigung in Kraft tritt, wenn sie durch zwei Drittel der Mitgliedstaaten genehmigt wird.

⁹³ Siehe dazu Teil V. 3. b).

es handelt sich um eine öffentliche Erklärung eines gewissen Staates, die eine Anerkennung, einen Verzicht, ein Versprechen oder eine Zustimmung enthält; sie wird durch ein vertretungsbefugtes Organ abgegeben; und beinhaltet einen erkennbaren Willen zur Selbstbindung. Die Rechtsfolge besteht darin, dass sich das die Erklärung abgebende Völkerrechtssubjekt verpflichtet, sich gemäß deren Inhalt zu verhalten.⁹⁴ Die Rechtsbindung wird heute vorwiegend unter Rückgriff auf den allgemeinen Grundsatz des Vertrauensschutzes erklärt: das Vertrauen des Empfängers der Erklärung führt zu deren Rechtsverbindlichkeit.⁹⁵

Aufgrund der Vielfalt einseitiger Rechtsakte besteht bis heute keine allgemeingültige Kategorisierung derselben.⁹⁶ Vorliegend macht eine Unterscheidung in unselbstständige, vertragsbezogene und selbstständige, *nicht* mit einem völkerrechtlichen Vertrag in Zusammenhang stehende Beschlüsse, Sinn.

Unselbstständige einseitige Rechtsakte stehen in einem engen Bezug zu einem gewohnheitsrechtlichen oder vertraglichen Rechtsverhältnis. Zu den Letzteren zählen die Kündigungs- und Suspendierungserklärung; aber auch die (hier interessierende) in einem völkerrechtlichen Vertrag vorgesehene Erklärung eines Staates, eine gewisse Zuständigkeit eines bestimmten Völkerrechtsakteurs anzuerkennen. Sie werden vorliegend als unselbstständige bzw. vertragsbezogene einseitige Rechtsakte bezeichnet.⁹⁷

Die innerstaatliche demokratische Mitwirkung an vertragsbezogenen einseitigen Rechtsakten lässt sich anhand der Erklärung des Bundesrates, die Zuständigkeit des Ausschusses für die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen zur Entgegennahme und Prüfung von zwischenstaatlichen Mitteilungen anzuerkennen, darstellen. Dieser Kontrollmechanismus kommt nur

⁹⁴ A. Peters (Anm. 18), 83, Rz. 23; und V. R. Cedeño/M. I. Torres, *Unilateral Acts of States* in International Law (February 2013), in: R. Wolfrum (Anm. 54), Rz. 2.

⁹⁵ W. Heintschel v. Heinegg, § 19 Einseitige Rechtsakte, in: K. Ipsen (Anm. 54), 493, Rz. 5; siehe auch International Law Commission, *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto*, UN Doc A/61/10, Principle 1.

⁹⁶ G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2002, 764; und W. Graf Vitzthum, *Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts*, in: W. Graf Vitzthum/A. Proelß (Anm. 68), 57, Rz. 149.

⁹⁷ A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 2010, 425 f., Rz. 664, unterscheiden zwischen selbstständigen und von anderen Rechtsgeschäften abhängigen einseitigen Rechtsakten; W. Heintschel v. Heinegg (Anm. 95), 491 f., Rz. 2-3, beschreibt unselbstständige einseitige Akte, als solche, die "lediglich eine Wirkungskomponente im Rahmen der Rechtsquellen Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht darstellen"; G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum (Anm. 96), 764 f., unterscheiden zwischen einseitigen Rechtsakten im Rahmen des Vertragsabschlussverfahrens; einseitigen Rechtsakten, welche auf die Entstehung von Gewohnheitsrecht einwirken; und selbstständigen einseitigen Rechtsakten.

zum Tragen, sofern die beteiligten Staaten diese spezifische Zuständigkeit des Ausschusses in einer ausdrücklichen Erklärung anerkennen.⁹⁸ Der Bundesrat ersuchte die Bundesversammlung daher nicht nur um Genehmigung des Fakultativprotokolls, sondern auch um die Ermächtigung zur Abgabe der besagten Erklärung;⁹⁹ und beantragte, dieses Gesamtpaket dem Referendum zu unterstellen.¹⁰⁰ In der entsprechenden Botschaft wird allerdings nicht begründet, warum sich die Genehmigungs- bzw. Referendumpflicht nicht nur auf den völkerrechtlichen Vertrag, sondern auch auf die einseitige Erklärung erstreckt. Auf völkerrechtlicher Ebene wird die Ansicht vertreten, dass einseitige Erklärungen, welche in Ausübung einer Bestimmung eines völkerrechtlichen Vertrags erfolgen – wie die vorliegende – durch das Recht der Verträge geregelt werden.¹⁰¹ Es scheint vertretbar, diese Sichtweise auf die innerstaatliche Ebene zu übertragen. Dennoch sollten vertragsbezogene, einseitige Erklärungen *nicht* mit völkerrechtlichen Verträgen gleichgesetzt werden.¹⁰² Vielmehr wird die Geltung der innerstaatlichen Regeln betreffend völkerrechtliche Verträge mittels Analogieschluss auf vertragsbezogene, einseitige Rechtsakte erstreckt.

Als *selbstständige* einseitige Rechtsakte gelten solche, welche aus sich heraus und unabhängig von einem völkerrechtlichen Vertrag, d. h. einzig *qua* ihrer einseitigen Abgabe durch den Staat Rechtswirkungen entfalten.¹⁰³ Die Bundesbehörden haben die Bestimmungen zur parlamentarischen Genehmigung und zum Referendum im Außenbereich mittels Analogieschluss auch auf diese Kategorie einseitiger Erklärungen angewandt. Die Beteiligung der Schweiz an der European Spallation Source (ESS) – einer Forschungsinfrastruktur, die gestützt auf die *ERIC*-Verordnung als Konsorti-

⁹⁸ Art. 12 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 19.12.2011 (folgend: Fakultativprotokoll Mitteilungsverfahren KRK); derweil wird die in Art. 5 vorgesehene Zuständigkeit des Ausschusses, Mitteilungen von Einzelpersonen zu empfangen, bereits durch die Ratifikation des Übereinkommens begründet, siehe Text zu Anm. 52.

⁹⁹ Art. 1 Abs. 3 Entwurf des Bundesbeschlusses über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 19.12.2011 zum Übereinkommen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren, BBl 2016 245; Botschaft Mitteilungsverfahren KRK (Anm. 52), 237.

¹⁰⁰ Art. 2 Fakultativprotokoll Mitteilungsverfahren KRK.

¹⁰¹ So V. R. Cedeño/M. I. Torres (Anm. 94), Rz. 12.

¹⁰² So auch J. Moeri (Anm. 41), 39.

¹⁰³ W. Heintschel v. Heinegg (Anm. 95), 491 f., Rz. 3; W. Graf Vitzthum (Anm. 96), 57, Rz. 149, taxiert diese als eigenständige Rechtsquelle.

um für eine Europäische Forschungsinfrastruktur konstituiert wurde¹⁰⁴ – liefert ein anschauliches Beispiel aus jüngerer Zeit dafür.

Der Beitritt der Schweiz zum ESS-ERIC, der u. a. die Anerkennung der Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Forschungsinfrastruktur beinhaltet,¹⁰⁵ wurde *nicht* durch Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrags herbeigeführt.¹⁰⁶ Vielmehr erfolgte die Teilnahme der Schweiz durch ihre einseitige Erklärung zuhanden der Europäischen Kommission, dass sie die ERIC-Verordnung als Rechtsgrundlage für die fragliche Forschungsinfrastruktur anerkenne.¹⁰⁷ Diese Vorgehensweise soll auch bei der Teilnahme der Schweiz an weiteren, als ERIC konstituierten Forschungsinfrastrukturen befolgt werden. Auf den Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens wurde bewusst verzichtet,¹⁰⁸ denn der ERIC Rechtsrahmen wurde gerade dazu geschaffen

“to drastically reduce the time necessary to authorise European Research Infrastructures (...) by avoiding discussions in the Members’ respective national parliament each time approval is needed (i.e., for an international agreement)”.¹⁰⁹

Nichtsdestotrotz hat der Bundesrat die fragliche einseitige Erklärung einem völkerrechtlichen Vertrag gleichgesetzt und die innerstaatliche Kompetenzordnung für völkerrechtliche Verträge als sinngemäß anwendbar erachtet.¹¹⁰ Folglich ließ er sich von der Bundesversammlung zur Abgabe der Er-

¹⁰⁴ VO 723/2009/EG des Rates vom 25.6.2009 über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für ein Konsortium für eine europäische Forschungsinfrastruktur (ERIC), Abl. 2009 L 206/1; geändert durch VO 1261/2013/EU des Rates vom 2.12.2013.

¹⁰⁵ Botschaft zur Genehmigung der Beteiligung der Schweiz an der internationalen Forschungsinfrastruktur Europäische Spallationsquelle ESS und zur Änderung des Bundesbeschlusses über die Kredite für die internationale Zusammenarbeit in Bildung, Forschung und Innovation für die Jahre 2013–2016 vom 3.9.2014, BBl 2014 6795 (folgend: Botschaft Teilnahme ESS-ERIC), 6803 und 6808 f.

¹⁰⁶ Klassischerweise wurden europäische Forschungsinfrastrukturen als internationale Organisation durch völkerrechtlichen Vertrag errichtet, z. B. durch das Übereinkommen zur Errichtung eines Europäischen Laboratoriums für Molekularbiologie vom 10.5.1973, SR 0.421.091; Übereinkommen zur Gründung einer Europäischen Organisation für Astronomische Forschung in der Südlichen Hemisphäre vom 5.10.1962, SR 0.427.1; oder das Übereinkommen zur Errichtung einer Europäischen Organisation für Kernforschung vom 1.7.1953, SR 0.424.091.

¹⁰⁷ Botschaft Teilnahme ESS-ERIC (Anm. 105), 6796 f.

¹⁰⁸ Botschaft Teilnahme ESS-ERIC (Anm. 105), 6801.

¹⁰⁹ European Spallation Source ESS, General Information about ESS ERIC: FAQ, <<https://europeanspallationsource.se>>, 2 f.

¹¹⁰ Botschaft Teilnahme ESS-ERIC (Anm. 105), 6797, 6808 und 6816.

klärung ermächtigen; und das Parlament unterstellte diesen Beschluss dem fakultativen Referendum.¹¹¹

Angesichts dieser Praxis¹¹² scheint die in der Lehre vertretene Meinung, dass einseitige Erklärungen *per se* nicht der parlamentarischen Genehmigung gestützt auf Art. 166 Abs. 2 BV bzw. dem Referendum im Außenbereich nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV zugänglich sind, zu pauschal.¹¹³ Ebenso folgen die Bundesbehörden nicht der Lehrmeinung, dass (selbstständige) einseitige Erklärungen zwar taugliche Objekte für die demokratische Mitwirkung seien, die Partizipation aber nicht unter dem Titel der völkerrechtlichen Verträge, sondern gestützt auf die parlamentarische Beteiligung und das Referendum im *Binnenbereich* zu gewähren sei.¹¹⁴ Vielmehr haben die Bundesbehörden sowohl vertragsbezogene als auch mit keinem völkerrechtlichen Vertrag in Bezug stehende einseitige Erklärungen mittels Analo-

¹¹¹ Art. 1 und 2 Bundesbeschluss über die Genehmigung der Beteiligung der Schweiz an der internationalen Forschungsinfrastruktur "Europäische Spallationsquelle" vom 20.3.2015, BBl 2015 2783.

¹¹² Die von Y. Hangartner/A. Kley (Anm. 39), 443, Rz. 1080, als wünschbar bezeichnet wird, da ein Ausschluss einseitiger Erklärungen von der direkt-demokratischen Mitwirkung "dem Sinn des Referendums nicht gerecht" werde.

¹¹³ Gemäß A. Epiney (Anm. 3), 2491, Rz. 24, bezieht sich der Anwendungsbereich des Art. 166 Abs. 2 BV nicht auf "völkerrechtlich unter gewissen Voraussetzungen verbindliche einseitige Erklärungen".

¹¹⁴ R. Bindschedler, Rechtsakte der internationalen Organisationen, in: E. Bucher/P. Saladin, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, 1979, 37 f., schließt die demokratische Mitwirkung von Bundesversammlung und Volk an einseitigen Erklärungen nicht *per se* aber unter dem Titel der völkerrechtlichen Verträge aus. B. Ebrenzeller (Anm. 79), 556, argumentiert in Anlehnung an Bindschedler, dass sich die parlamentarische Zustimmung zu einseitigen Erklärungen (soweit sie nicht materiell vertragliche Erklärungen darstellen) auf das allgemeine Gesetzgebungsrecht zu stützen hätten und somit die ordentliche Referendumsregel und nicht das Referendum über völkerrechtliche Verträge zur Anwendung komme. Ebrenzeller unterscheidet somit zwischen unselbstständigen, vertragsbezogenen einseitigen Erklärungen, die von Art. 166 Abs. 2 BV bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV erfasst sind; und selbstständigen, nicht vertragsbezogenen Erklärungen, auf welche diese Mitwirkungsrechte im Außenbereich nicht anwendbar sind (was das Beispiel zum ESS-ERIC – siehe oben Teil IV. 2. c) bb) – allerdings widerlegt). D. Thüren/F. Isliker (Anm. 85), 2723, Rz. 59-60, schreiben, dass die BV keine Regelung zur Abgabe einseitiger Erklärungen kenne und nach bisheriger Lehre und Praxis die Zuständigkeit alleine dem Bundesrat zufalle; allerdings habe dieser bei "sehr bedeutenden einseitigen Erklärungen" die Zustimmung der Bundesversammlung eingeholt. Die Autoren verweisen dabei auf Ebrenzeller, der (wie eben erwähnt) den Anwendungsbereich von Art. 166 Abs. 2 BV bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV auf unselbstständige, d. h. vertragsbezogene einseitige Erklärungen begrenzt. B. Brunner (Anm. 85), 96 ff., verweist auf die vorgenannten Autoren, spricht sich aber nicht explizit darüber aus, ob die Mitsprache gestützt auf die Mitwirkungsrechte im Binnen- oder im Außenbereich erfolgte bzw. zu erfolgen habe; implizit scheint sie aber die Anwendung von Art. 166 Abs. 2 bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV auszuschließen, da sie die Mitwirkung anderweitig begründet (v. a. über die allgemeinen Mitwirkungsrechte des Parlaments gestützt auf Art. 24 Abs. 1 ParlG bzw. Art. 166 Abs. 1 BV).

gieschluss in den Anwendungsbereich der demokratischen Mitwirkungsrechte im Außenbereich gebracht.

d) Schaffung eines Vertragssurrogats

Wir wenden uns nun in einem letzten Schritt noch einer Konstellation zu, in der die Schweiz „eine Art Vertragssurrogat geschaffen“ hat, um die direkt-demokratischen Mitwirkungsrechte bei der Entstehung völkerrechtlicher Verpflichtungen zu sichern.¹¹⁵ Dies ist der Fall beim Verfahren zur Übernahme neuer EU-Rechtsakte durch die Schweiz, wie es im Dublin- und Schengen-Assoziierungsabkommen (SAA) vorgesehen ist.¹¹⁶ Angesichts der bloß marginalen Weiterentwicklung des Dublin-Besitzstands wird vorliegend auf das SAA fokussiert.¹¹⁷

Gemäß SAA ist die Schweiz verpflichtet, nicht nur das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Schengen-relevante EU-Recht zu übernehmen, sondern auch den *acquis futur*, also einschlägige künftige Rechtsakte. Nicht selten beinhalten diese Rechtsakte die Anerkennung punktueller Zuständigkeiten von EU-Organen durch die Schweiz.¹¹⁸ Das zur Übernahme neuer EU-Erlasse gewählte Verfahren sollte so ausgestaltet werden, dass es sich mit dem bereits mit anderen Drittstaaten (Norwegen und Island) praktizierten Übernahmeverfahren deckt, aber zugleich mit den in der Schweiz

¹¹⁵ R. Gruber, Die Übernahme und Umsetzung von Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands – ausgewählte institutionelle Aspekte, in: A. Epiney/N. Gammenthaler, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, 494.

¹¹⁶ Art. 7 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26.10.2004, SR 0.362.31 (folgend: SAA); zu den Anpassungen, siehe <www.admin.ch> (folge „8. Schengen“ > „8.4. Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands“).

¹¹⁷ Art. 4 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 26.10.2004, SR 0.142.392.68; G. Lammers, La démocratie directe et le droit international, 2015, 360.

¹¹⁸ So führt die Schweizer Beteiligung an Frontex und Rabit zur Anerkennung der Gerichtsbarkeit des EuGH in bestimmten Sachbereichen: Botschaft Frontex/Rabit (Anm. 51), 1469 f. und 1476 f. Die Beteiligung der Schweiz am Schengen-Aussengrenzenfonds beinhaltet die Anerkennung der Zuständigkeit von EU-Organen, bei den in der Schweiz niedergelassenen Beitragsempfängern Kontrollen vor Ort zwecks Wahrung der finanziellen Interessen der EU durchzuführen: Botschaft über die Genehmigung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EG betreffend der Übernahme der Rechtsgrundlagen zum Aussengrenzenfonds sowie der Vereinbarung über die Beteiligung der Schweiz am Aussengrenzenfonds vom 24.2.2010, BBl 2010 1665, 1675.

maßgeblichen (direkt-)demokratischen Mitwirkungsrechten kompatibel ist.¹¹⁹ Aus diesen Vorgaben resultierte Art. 7 SAA, der eine zweistufige Übernahmemechanik vorsieht: Die EU notifiziert der Schweiz unverzüglich die Verabschiedung eines neuen Schengen-relevanten Rechtsakts; woraufhin die Schweiz entscheidet, ob sie dessen Inhalt akzeptiert und in die innerstaatliche Rechtsordnung umsetzt. Alsdann notifiziert die Schweiz der EU ihren Beschluss innerhalb von 30 Tagen seit Verabschiedung des entsprechenden EU-Aktes. Damit findet das Übernahmeverfahren seinen Abschluss und der Rechtsakt tritt in Kraft, außer wenn die Schweiz einen ausdrücklichen Vorbehalt anbringt, dass der Akt erst nach Durchführung des innerstaatlichen Genehmigungsverfahrens in Kraft trete, wofür sie zwei Jahre ab Notifikation Zeit hat.¹²⁰

Gemäß Bundesrat ist diese Übernahme „als Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags zu betrachten“.¹²¹ Während die EU diese Auslegung von Art. 7 SAA durch die Schweiz in den Verhandlungen zwar billigend zur Kenntnis genommen hat, wendet sie ihrerseits nicht das im EU-Recht vorgesehene Vertragsschlussverfahren an.¹²² In der Schweizer Literatur wird die Ansicht vertreten, dass diese Konstruktion eines völkerrechtlichen Vertrags – anstelle der Qualifikation des Übernahmeverganges als eigenes Rechtsinstitut – notwendig gewesen sei, um die Übernahme Schengen-relevanten EU-Rechts ohne Verfassungsänderung im Rahmen der bestehenden innerstaatlichen Verteilung der Organkompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge abwickeln zu können.¹²³

Wir haben jedoch gesehen, dass die Bundesbehörden unselbstständige, d. h. vertraglich vorgesehene einseitige Erklärungen im Kontext von Art. 166 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV als Analoga zum völkerrechtlichen Vertrag gewertet haben.¹²⁴ Und die Notifikation der Schweiz, dass sie einen zum Schengen bzw. Dublin *acquis* gehörenden EU-Akt übernimmt, erfüllt alle Merkmale einer solchen unselbstständigen, einseitigen Erklä-

¹¹⁹ R. Gruber (Anm. 115), 493 f.

¹²⁰ R. Gruber (Anm. 115), 491f.

¹²¹ Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschließlich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen („Bilaterale II“), BBl 2004 5965 (folgend: Botschaft Bilaterale II), 6130 f. Während bei gewissen sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU die Übernahme neuer Rechtsakte mittels Beschluss des zuständigen Gemischten Ausschusses erfolgt (siehe Text zu Anm. 91), trifft dies auf das Schengen-Abkommen nicht zu; so auch A. Epiney, Vertraglicher „Umsetzungsdruck“ und „autonomer Anpassungszwang“ aus Brüssel, LeGes 2014, 383 (387).

¹²² R. Gruber (Anm. 115), 494, insb. Anm. 79; G. Lammers (Anm. 117), 308; und A. Epiney (Anm. 121), 387.

¹²³ R. Gruber (Anm. 115), 495, insb. Anm. 87.

¹²⁴ Siehe Text zu Anm. 97 ff.

rung.¹²⁵ Sie als völkerrechtlichen Vertrag zu qualifizieren scheint somit nicht nur falsch, sondern – angesichts der Praxis der Bundesbehörden – auch unnötig, um Parlament und Volk am Entscheid partizipieren zu lassen.¹²⁶

3. Nicht von Mitwirkungsnormen erfasste Kompetenztransfers: rechtspolitische Lücke

Im vorigen Teil wurde aufgezeigt, dass die Bundesbehörden verschiedene Rechtsakte, durch welche Kompetenzen an Völkerrechtsakteure übertragen wurden, dem völkerrechtlichen Vertrag gleichgestellt und so in den Anwendungsbereich von Art. 166 Abs. 2 bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV gebracht haben. In einem nächsten Schritt wenden wir uns nun zwei Kategorien von Völkerrechtsakteuren zu, deren Errichtung bislang nicht gestützt auf die zwei besagten Verfassungsbestimmungen demokratisch legitimiert werden konnte, nämlich nach innerstaatlichem Privatrecht verfasste und informale Akteure.

a) Internationales *soft law* und innerstaatlicher, privatrechtlicher Rechtsakt

Wir wenden uns zunächst nach innerstaatlichem Privatrecht verfassten Akteuren zu, deren Gründungsprozess zweiteilig ist. In einer ersten Phase wird deren Errichtung auf internationaler Ebene in informalen und formalen Gremien diskutiert. Diese verabschieden teilweise *soft law* Dokumente, in denen sie die Notwendigkeit der Schaffung bzw. Formalisierung des entsprechenden Akteurs bekräftigen und dessen institutionelle Ausgestaltung und Finanzierung skizzieren. In einer zweiten Phase wird der Boden des Völkerrechts alsdann verlassen und es kommt zur eigentlichen Gründung des Akteurs unter einer innerstaatlichen – nicht selten der schweizerischen¹²⁷ – Privatrechtsordnung. Nach diesem Muster ging die Gründung der Welt-Anti-Doping Agentur (WADA) und des Globalen Fonds zur Be-

¹²⁵ Es ist eine öffentliche Erklärung eines Staates, die eine Zustimmung enthält, welche durch ein vertretungsbefugtes Organ abgegeben wird und die einen erkennbaren Willen zur Selbstbindung enthält; zu den drei Definitionselementen, siehe Text zu Anm. 94; sie ist unselbstständiger Natur, da sie in einem völkerrechtlichen Vertrag (dem SAA) vorgesehen ist.

¹²⁶ Siehe Text zu Anm. 101-102.

¹²⁷ Zu den Gründen, siehe Text zu Anm. 21.

kämpfung von Aids, Tuberkulose und Malaria (Globaler Fonds) – beides Stiftungen nach Art. 80 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)¹²⁸ – als auch des Finanzstabilitätsrats – ein Verein nach Art. 60 ZGB¹²⁹ – von statuten.

Bei allen drei Akteuren verzichteten die Gründer bewusst auf die Errichtung einer internationalen Organisation;¹³⁰ was zweifelsohne das Referendum über den Beitritt zu internationalen Organisationen ausgelöst hätte.¹³¹ Werden jedoch juristische Personen des (Schweizer) Privatrechts errichtet, kann die demokratische Legitimation regelmäßig nicht derart direkt hergestellt werden. Denn die *soft law* Dokumente, welche die Gründung der genannten Akteure vorspuren, können gemäß gegenwärtiger (kritisierter) Praxis¹³² wegen ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit *nicht* der parlamentarischen Genehmigung bzw. dem Referendum im Außenbereich zugeführt werden.¹³³ Und auch hinsichtlich des eigentlichen Errichtungsakts, der innerstaatlichem Privatrecht untersteht, kann der demokratische Ball je nach Gründungsszenario höchstens über die Bande gespielt werden.

Wird der Akteur als Schweizer Verein verfasst, so muss betreffend demokratischer Mitsprache nach Art des Mitgliedschaftserwerbs differenziert werden, nämlich ob diese durch Eintritt in einen bestehenden Verein oder durch Teilnahme an der Vereinsgründung erworben wird. Im ersten Fall, der auch zugleich den Hauptanwendungsfall darstellt, beruht der Erwerb der Mitgliedschaft auf einem privatrechtlichen Vertrag (Beitritts- oder Aufnahmevertrag), der zwischen dem Verein und dem (künftigen) Mitglied ge-

¹²⁸ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907, SR 210; Art. 1 Constitutive Instrument of Foundation of the World Anti-Doping Agency, 4.7.2014, <www.wada-ama.org>; Art. 1 Bylaws of the Global Fund to Fight Aids, Tuberculosis & Malaria of 28.4.2016, <www.theglobalfund.org>.

¹²⁹ Art. 1 Articles of Association of the Financial Stability Board (FSB) of 28.1.2013, <www.fsb.org>.

¹³⁰ Zu den Gründen siehe The Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria, Fifth Board Meeting, Geneva, 5.-6.6.2009, Report of the Governance and Partnership Committee (GF/B05/07), Annex 6: Update on Legal Status for the Global Fund, 2 und 5; R. Pound, The World Anti-Doping Agency: An Experiment under International Law, I.S.L.R.3 (2002), 53 (57); Financial Stability Board, Report to the G20 Los Cabos Summit on Strengthening FSB Capacity, Resources and Governance, 12.6.2012, 3.

¹³¹ Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV.

¹³² Kritisch bereits B. Ehrenzeller (Anm. 79), 502-517; siehe auch F. Naef, Soft Law und Gewaltenteilung, AJP 8 (2015), 1109; zur Situation in den USA: J. Pauwelyn/R. Wessel/J. Wouters (Anm. 16), 746 f.

¹³³ Statt vieler G. Biaggini (Anm. 35), 651, Rz. 15, und 738, Rz. 9; aus Sicht der Bundesbehörden: VPB 70.69, D.1.

geschlossen wird.¹³⁴ Wir haben gesehen, dass die Bundesbehörden geneigt sind, privatrechtliche Verträge in Sachen Mitwirkungsrechte dem völkerrechtlichen Vertrag gleichzustellen.¹³⁵ Während in dieser Konstellation Art. 166 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV zum Tragen kommen können, scheinen die Bundesbehörden beim Erwerb der Mitgliedschaft durch Teilnahme an der Vereinsgründung und Zustimmung zu den Statuten¹³⁶ – der zweiten Möglichkeit des Mitgliedschaftserwerbs – kein Analogon zum Völkerrechtsvertrag zu sehen.

Eine (direkt-)demokratische Legitimation kann hier – wie auch bei den als Stiftung verfassten Völkerrechtsakteuren – einzig auf *indirekte* Weise hergestellt werden. So kann der Bund sich nur gestützt auf eine formell-gesetzliche Ermächtigung, d. h. einem dem Referendum im *Binnenbereich* unterliegenden Bundesgesetz,¹³⁷ an juristischen Personen des Privatrechts beteiligen.¹³⁸ Diese gesetzlichen Grundlagen sind allerdings meist sehr generell gehalten; sie ermächtigen in grundsätzlicher Weise zur Errichtung juristischer Personen des Privatrechts in einem bestimmten Sachbereich und beziehen sich nicht auf einen spezifischen Akteur.¹³⁹ Weiter kann das Parlament (nicht aber das Volk) kraft seiner Finanzgewalt über die Alimentierung einer bestimmten Stiftung bzw. über die Mitgliedschaftsbeiträge für einen bestimmten Verein entscheiden; und so zwar nicht deren Gründung, aber zumindest deren Tätigkeit indirekt gutheißen.¹⁴⁰ Schließlich kommt es vor, dass das Mandat eines privatrechtlich verfassten Akteurs in einem völ-

¹³⁴ P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid/A. Jungo (Anm. 21), 147, Rz. 33; H. M. Riemer, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60-89bis ZGB) mit den allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52-59 ZGB), 2012, 115, Rz. 4.

¹³⁵ Siehe Teil IV. 2. a); und Text zu Anm. 64 ff. spezifisch zum Vereinsbeitritt.

¹³⁶ Es wird angenommen, dass die Mitgliedschaft in der Gründungsgesellschaft (eine einfache Gesellschaft i. S. v. Art. 62 ZGB) mit der effektiven Entstehung des Vereins als Körperschaft *per se* durch die Mitgliedschaft im Verein ersetzt wird, es sei denn, das potenzielle Mitglied lehne diesen Übergang ab: H. M. Riemer (Anm. 134), 115, Rz. 14; C. Niggli, Art. 70 ZGB, in: P. Breitschmid/A. Rumo-Jungo, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2012, 235, Rz. 1.

¹³⁷ Art. 163 Abs. 1 und Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV.

¹³⁸ Botschaft zum Sportförderungsgesetz und zum Bundesgesetz über die Informationssysteme des Bundes im Bereich Sport vom 11.11.2009, BBl 2009 8189, 8242; Botschaft zum Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit den Staaten Osteuropas vom 31.3.2004, BBl 2004 1953, 1975; Botschaft betreffend das Übereinkommen über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Anti-Personenminen und über deren Vernichtung vom 19.1.1998, BBl 1998 679, 689 und 696.

¹³⁹ Siehe z. B. Art. 27 Bundesgesetz über die Förderung von Sport und Bewegung vom 17.6.2011, SR 415.0; Art. 5 Abs. 1 Bundesgesetz über die Meteorologie und Klimatologie vom 18.6.1999, SR 429.1; Art. 149a Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3.2.1995, SR 510.10.

¹⁴⁰ Art. 167 BV; Art. 25 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 ParlG.

kerrechtlichen Vertrag verankert ist. Da ein solcher Völkerrechtsvertrag in der Regel vom Parlament und gegebenenfalls vom Volk genehmigt werden muss, heißen diese den privatrechtlich verfassten Akteur bzw. dessen Mandat und die dazu notwendige Kompetenzausstattung indirekt gut. So nimmt beispielsweise das von Bundesversammlung und Stimmvolk genehmigte¹⁴¹ Übereinkommen gegen Doping im Sport mehrfach Bezug auf die Tätigkeiten der WADA und umschreibt deren internationales öffentliches Mandat.¹⁴²

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Errichtung einer juristischen Person innerstaatlichen Privatrechts, die als Völkerrechtsakteur tätig ist, nur ausnahmsweise gestützt auf eine analoge Anwendung der für den völkerrechtlichen Vertrag maßgebenden Regeln erfolgt; dies ist in erster Linie dann der Fall, wenn die Schweiz einem bestehenden Verein *qua* Aufnahmevertrag beitrifft. Regelmäßig bezieht sich die Mitwirkung des Parlaments bzw. Volks jedoch auf Gegenstände, welche keine direkte, sondern bloß eine indirekte Gutheißung des fraglichen Akteurs bzw. seiner Kompetenzen beinhalten.

b) Kompetenztransfers, die nicht auf formalisiertem Rechtsakt beruhen

Während die Errichtung der eben beschriebenen Akteure auf einer Kombination von internationalem *soft law* und innerstaatlichem Privatrechtsakt fußt, wächst die Zahl der Völkerrechtsakteure, die *nicht* mittels formalisiertem Rechtsakt errichtet werden, durch den die Staaten dem fraglichen Völkerrechtsakteur zu einem gewissen Zeitpunkt gewisse Kompetenzen übertragen. Vielmehr beruhen diese informellen Akteure auf einer “explicitly shared expectation about purpose”, den die partizipierenden Staaten (bzw. Behörden) oftmals erst im Verlaufe der regelmäßig stattfindenden Treffen konkretisieren.¹⁴³ Aufgrund dieses prozesshaften Entstehens ist es bisweilen schwierig auszumachen, ob ein gewisses “Gremium” noch der horizontalen Behördenkooperation zuzuordnen ist oder ob bereits eine von der Summe der teilnehmenden Staaten verschiedene, über eigene Kompetenzen verfügende Entität entstanden ist.

¹⁴¹ Bundesbeschluss über die Genehmigung des Internationalen Übereinkommens gegen Doping im Sport vom 13.6.2008, AS 2009 519.

¹⁴² Art. 2, 3, 14, 16, 26, 15, 17, 18, 29, 30, 32 und 34 Internationales Übereinkommen gegen Doping im Sport vom 19.10.2005, SR 0.812.122.2.

¹⁴³ F. Vabulas/D. Snidal (Anm. 25), 198.

Der seit den 1970er Jahre bestehende Basler Ausschuss für Bankenaufsicht gibt ein Beispiel für einen solchen informalen Akteur her. Er wurde nicht durch formalisierten Rechtsakt gegründet und verfügt auch heute über keine rechtlich verbindliche Grundlage.¹⁴⁴ Die Staaten, die im Basler Ausschuss vertreten sind, haben demselben nie mittels *formalisiertem* Rechtsakt legislative Kompetenzen übertragen. Und dennoch ist der Ausschuss normativ tätig – in seiner Eigenwahrnehmung ist er gar die “weltweit wichtigste normgebende Instanz für die Bankenregulierung”¹⁴⁵ – und seine Standards finden (sogar unter Nichtmitgliedstaaten) große Beachtung.¹⁴⁶

Die Bundesbehörden haben die Errichtung informaler Akteure und die damit verbundene Kompetenzübertragung bisher nicht in den Anwendungsbereich von Art. 166 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV gebracht. Dass es an einem schriftlichen Gründungsakt fehlt, dürfte nicht der Hauptgrund dafür sein. Hält doch ein Teil der Lehre dafür, dass auch nichtschriftliche Übereinkommen der Bundesversammlung und gegebenenfalls dem Volk vorzulegen sind.¹⁴⁷ Vielmehr dürfte die Hauptursache in der prozesshaften Entstehung dieser Akteure zu suchen sein, welche den Moment und den Umfang des Kompetenzübergangs schwer greifbar machen. Außerdem tendieren Staatenvertreter in ihrer Rhetorik dazu, diese Form der Kooperation als niederschwellig und als keinen Zuständigkeitsübergang beinhaltend darzustellen.¹⁴⁸ Dass die Errichtung dieser Akteure innerstaatlich nicht demokratisch legitimiert wird, wiegt umso schwerer als dass auch ihre Akte, die beachtliche normative Strahlkraft besitzen, aufgrund ihrer rechtlichen

¹⁴⁴ M. Jacob, Bank for International Settlements (BIS) (Juli 2013), in: R. Wolfrum (Anm. 54), Rz. 12; die Charta des Basler Ausschusses für Bankenaufsichtsrecht, Januar 2013, <www.bis.org> (folgend: Charta Basler Ausschuss), ähnelt inhaltlich zwar einem Statut, ist aber rechtlich unverbindlicher Natur.

¹⁴⁵ Art. 1 Charta Basler Ausschuss.

¹⁴⁶ M. Jacob (Anm. 144), Rz. 12; P. Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl. 2010, Rz. 284; A. Berman/R. Wessel, The International Legal Form and Status of Informal International Lawmaking Bodies: Consequences for Accountability, in: J. Pauwelyn/R. Wessel/J. Wouters (Anm. 25), 44; siehe auch Art. 5 Charta Basler Ausschuss: “Die Mitglieder verpflichten sich: (...) die Standards des BCBS auf nationaler Ebene umzusetzen und anzuwenden, und zwar innerhalb des vom Ausschuss vorgegebenen Zeitrahmens”.

¹⁴⁷ Maßgebend sei in diesen Fällen “die (korrekte) Wiedergabe des Vertrages durch den Bundesrat”: Y. Hangartner / A. Kley (Anm. 39), 442, Rz. 1078; ähnlich J. Moeri (Anm. 41), 39 f.

¹⁴⁸ So stellt J. Klabbers (Anm. 25), 406, fest, dass sich der “move away from institutions” auch auf der Ebene der Semantik manifestiere; sogar *formale* internationale Organisationen würden sich als Netzwerke bezeichnen – sei dies bei der Namensgebung (so das “International Network for Bamboo and Rattan”) oder in ihrer Außendarstellung (z. B. auf ihrer Website).

Unverbindlichkeit *de constitutione lata* nicht parlamentarisch genehmigt bzw. dem Referendum unterstellt werden können.¹⁴⁹

In Teil IV. wurde aufgezeigt, dass die Bundesbehörden im Kontext der demokratischen Mitwirkungsrechte im Außenbereich verschiedene Rechtsakte als Analoga zum völkerrechtlichen Vertrag qualifiziert und diese so in den Anwendungsbereich von Art. 166 Abs. 2 bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV gebracht haben. Dies entgegen der gängigen Lehrmeinung, dass einzig völkerrechtliche Verträge und nicht andere Rechtsakte wie einseitige Erklärungen und Beschlüsse (geschweige denn privatrechtliche Verträge) dem Parlament bzw. Volk zur Genehmigung unterbreitet werden können. Die Bundesbehörden konnten so trotz des Umstands, dass die Verfassungsbestimmungen zur demokratischen Mitwirkung nur auf *eine* Völkerrechtsquelle, nämlich den völkerrechtlichen Vertrag, explizit Bezug nimmt, der Diversifizierung der Steuerungsinstrumente zur Regelung internationaler Beziehungen in gewissem Maße Rechnung tragen. Aber nur in gewissem Maße: denn verschiedene Kompetenztransfers, so namentlich an bestimmte privatrechtlich verfasste und an informale Akteure, konnten mangels eines dem völkerrechtlichen Vertrag genügend ähnlich gewerteten Rechtsakts nicht in den Anwendungsbereich der besagten Verfassungsbestimmungen gebracht werden.

V. Geltungserstreckung der Mitwirkungsrechte mittels Analogiebildung

Gestützt auf diesen Befund wird nun im folgenden Teil untersucht, wie die Bundesbehörden methodisch vorgegangen sind, um die Geltung der einschlägigen, auf Völkerrechtsverträge gemünzten Verfassungsbestimmungen auf andere Rechtsakte zu erstrecken (Teil V. 1.). Alsdann werden die Voraussetzungen für eine Analogiebildung – die Analogiefähigkeit des Tatbestandselements “völkerrechtlicher Vertrag” (Teil V. 2.) und die genügende Ähnlichkeit der als Analoga taxierten Rechtsakte mit dem völkerrechtlichen Vertrag (Teil V. 3.) – einer näheren Betrachtung unterzogen. Dies soll Aufschluss darüber geben, wo die Grenzen des Analogieschlusses derzeit liegen bzw. künftig liegen sollten.

¹⁴⁹ Immerhin sind neuerdings gemäß Art. 152 ParlG i. V. m. Art. 5b Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV) vom 25.11.1998, SR 172.010.1, die für die Außenpolitik zuständigen Kommissionen zu gewissen rechtlich unverbindlichen legislativen Akten zu konsultieren.

1. Methodisches Vorgehen der Bundesbehörden

a) Analogiebildung statt Begriffsdehnung

Es sind zwei methodische Wege denkbar, um *andere* Rechtsakte als völkerrechtliche Verträge in den Anwendungsbereich von Art. 166 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 2 Bst. d BV zu bringen.

Ein möglicher Weg besteht darin, dem Begriff “völkerrechtlicher Vertrag”, wie er in den zwei Verfassungsbestimmungen verwendet wird, eine autonome Bedeutung zuzumessen, die so weit ist, dass sie auch die in Teil IV. 2. diskutierten Rechtsakte¹⁵⁰ umfasst. Es ist nicht unüblich, dass Verfassungsbegriffe, die ein völkerrechtliches Begriffspendant haben, autonom ausgelegt werden.¹⁵¹ Die Bundesbehörden haben diesen Weg vorliegend zu Recht *nicht* beschritten.¹⁵²

Sie optierten vielmehr dafür, den Anwendungsbereich der genannten Verfassungsbestimmungen mittels Analogieschluss auf andere Rechtsakte als den völkerrechtlichen Vertrag auszuweiten. Allerdings legen die Bundesbehörden diesen methodischen Schritt nur selten offen.¹⁵³ In vielen Fällen thematisieren sie die analoge Anwendung der auf den völkerrechtlichen Vertrag zugeschnittenen Bestimmungen auf andere Rechtsakte gar nicht; und wenden die Regeln zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit einer gewissen Selbstverständlichkeit auf andere Rechtsakte als den völkerrechtlichen Vertrag an. Dies trifft namentlich regelmäßig auf Beschlüsse internationaler Organe zu;¹⁵⁴ aber auch auf andere Rechtsakte.¹⁵⁵ In manchen Fällen

¹⁵⁰ Namentlich privatrechtliche und hybride Verträge, Beschlüsse internationaler Organe sowie einseitige Rechtsakte.

¹⁵¹ Siehe Text zu Anm. 44.

¹⁵² Zu den dagegensprechenden Gründen, siehe A. Petrig (Anm. 8), 515 f.

¹⁵³ Eine Offenlegung erfolgte z. B. durch das BAKOM (Anm. 72), 4.

¹⁵⁴ So z. B. in Botschaft zur Genehmigung des Beschlusses Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz zum Freizügigkeitsabkommen und zur Umsetzung des Beschlusses vom 4.4.2012, BBl 2012 4401, 4428; Botschaft (Anm. 51), 3881; und Botschaft Teilrevision 1 LFG (Anm. 91), 4982. Es bleibt in diesen Fällen unklar, inwiefern die Bundesbehörden im fraglichen Fall überhaupt erkannt haben, dass es sich nicht um einen völkerrechtlichen Vertrag, sondern um einen anderen Rechtsakt handelt; siehe zur schwierigen Grenzziehung Text zu Anm. 82 ff.

¹⁵⁵ So wird z. B. der Privatrechtsvertrag zwischen dem Bundesrat und der AAL International Association im Bericht des Bundesrates nach Art. 48a Abs. 2 RVOG (siehe Anm. 67) kommentarlos aufgeführt; in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts wurde er in die Sektion internationales Recht aufgenommen: siehe SR 0.420.513.12.

deutet immerhin die Verwendung bestimmter Begriffe in den Gesetzgebungsmaterialien auf den Analogieschluss hin.¹⁵⁶

b) Analogieschluss nicht tragfähig begründet

Nicht nur der methodische Schritt der Analogiebildung wird oftmals nicht offengelegt; es fehlt auch regelmäßig an einer tragfähigen Begründung derselben. So begründete der Bundesrat beispielsweise die analoge Anwendung der innerstaatlichen Regeln über den Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf die einseitige Erklärung, welche den Beitritt der Schweiz zur Forschungsinfrastruktur ESS-ERIC bewirkte,¹⁵⁷ apodiktisch mit einem einzigen Satz:

“Die einseitige Erklärung ist aufgrund ihrer forschungspolitischen und wirtschaftlichen Wirkung als Staatsvertrag zu qualifizieren. Es kommen darum sinngemäss die innerstaatlichen Regeln über die Staatsvertragsabschlusskompetenz zur Anwendung.”¹⁵⁸

Nur selten wird etwas ausführlicher begründet, warum ein gewisser Rechtsakt als Analogon zum völkerrechtlichen Vertrag zu werten sei.¹⁵⁹

Eine tragfähige Begründung ist aber insofern notwendig, als dass es sich bei der Analogiebildung nicht um einen logischen, sondern um einen ein Werturteil enthaltenden Schluss handelt; in den Worten *Würdingers* ist “Analogik nicht blosse Logik, sondern ist in erster Linie Teleologik”.¹⁶⁰ Unter einer Analogie wird die Übertragung der für einen Tatbestand A in einer Rechtsbestimmung vorgesehenen Rechtsfolge auf einen durch sie nicht geregelten, ihm aber “ähnlichen”, d. h. wertungsgleichen Tatbestand B verstanden. Die Übertragung gründet somit auf der *Ähnlichkeit* der fraglichen Tatbestände.¹⁶¹ Aufgrund des normativen Charakters der Rechtswis-

¹⁵⁶ Wie z. B. durch die Wendung, dass ein anderer Rechtsakt “dem völkerrechtlichen Vertrag gleichzusetzen” sei; oder dass ein gewisser Rechtsakt “als Staatsvertrag zu qualifizieren” sei und “darum sinngemäss die innerstaatlichen Regeln über die Staatsvertragsabschlusskompetenz zur Anwendung” kämen: Botschaft Teilnahme ESS-ERIC (Anm. 105), 6797, 6808 und 6816. Siehe auch die Formulierung in der Botschaft Bilaterale II (Anm. 121), 6130.

¹⁵⁷ Siehe Text zu Anm. 104 ff.

¹⁵⁸ Botschaft Teilnahme ESS-ERIC (Anm. 105), 6816.

¹⁵⁹ So z. B. die Ausführungen des BAKOM (Anm. 72), 4, zu den als Analogon gewerteten *state contracts*.

¹⁶⁰ M. Würdinger, Die Analogiefähigkeit von Normen: Eine methodologische Untersuchung über Ausnahmenvorschriften und deklaratorische Normen, Archiv für die civilistische Praxis 206 (2006), 946 (977).

¹⁶¹ F. Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, 249, Rz. 555; und 264, Rz. 593.

senschaften ist der Maßstab, nach welchem diese Ähnlichkeit zu beurteilen ist, auf der Wertungsebene angesiedelt und unter Bezugnahme auf die Ratio, Systematik und Geschichte der fraglichen Bestimmung zu ermitteln; es geht mithin nicht um faktische Ähnlichkeit.¹⁶² Eine Analogie ist somit einzig nachvollziehbar, wenn der argumentative Weg zum Analogieschluss, d. h. die getroffene Wertung offengelegt wird.

Außerdem geht es nicht einzig um die Nachvollziehbarkeit der Analogie, sondern auch darum, dass die in der Begründung offengelegte Wertung auf künftige Fälle übertragen werden kann. Nur so kann sichergestellt werden, dass gleiche Fälle auch gleich behandelt werden. Dies verlangt die in der Bundesverfassung verankerte Rechtsgleichheit.¹⁶³ Überdies wird in der Politik immer wieder betont, dass dem Referendum nichts Plebiszitäres anhaften solle – was im Schweizer Sprachgebrauch meint, dass die Ausübung der Volksrechte nicht ins Ermessen der Behörden gestellt werden solle;¹⁶⁴ sondern zu gewähren sei, wenn gewisse generell-abstrakte Kriterien erfüllt sind.¹⁶⁵ Für einen Teil der Lehre stellt dieses Charakteristikum gar einen Bestandteil der direkten Demokratie dar.¹⁶⁶ Diese Grundidee sollte nicht nur bei der Normierung der demokratischen Rechte zum Tragen kommen, sondern auch im Falle der Geltungserstreckung der Bestimmungen zur demokratischen Partizipation mittels Analogieschluss. Bundesbehörden und Lehre sollten somit jene Charakteristika herausarbeiten, die ein Rechtsakt

¹⁶² C. Luther, Die juristische Analogie, Jura 5 (2013), 449 (451).

¹⁶³ Art. 8 Abs. 1 BV; gemäß E. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, 215 f., besteht eine Verpflichtung zur Analogiebildung (Analogiegebot), wenn die Voraussetzungen der Gleichartigkeit der Wertungslagen erfüllt sind. Gemäß F. Reimer (Anm. 161), 250, Rz. 559, liegt die innere Rechtfertigung des Analogieschlusses i. d. R. „im Gleichbehandlungsanspruch des Rechts“, d. h. dem Anliegen, wesentlich gleiche Fälle gleich zu behandeln; aufgrund der Rechtsgleichheit stelle die Analogie u. U. nicht eine bloße Option, sondern gar eine Pflicht dar.

¹⁶⁴ Diese Auffassung scheint in den Ratsdebatten, welche die Revision des Referendums im Außenbereich betrafen, immer wieder auf; so z. B. im Votum Dillier, AB 1976 S 499 f.: „Durch die bisherigen Beratungen der Kommissionen und der beiden Räte ist wie der berühmte rote Faden das Bestreben erkennbar, für die Unterstellung von Staatsverträgen unter das obligatorische oder das fakultative Referendum objektive Kriterien zu finden, um zu vermeiden, dass es frei von den Räten abhängt, ob das Volk im konkreten Einzelfall ein Mitspracherecht haben soll oder nicht. Dies wäre nämlich eine plebiszitäre Lösung, die beispielsweise für den Regierungsstil eines *de Gaulle* passend war, die es aber für unsere Eidgenossenschaft sicher nicht ist.“ Für ein jüngeres Beispiel, siehe Votum Pfister, AB 2004 S 480 f.

¹⁶⁵ Diese generell-abstrakten Kriterien müssen ausgelegt werden; da dies in der Schweiz in die Kompetenz der Bundesversammlung – ein primär politisches Organ – fällt, erfährt die Auslegung eine gewisse „Politisierung“; nichtsdestotrotz handelt es sich um Verfassungsauslegung und nicht um einen politischen Ermessensentscheid: O. Diggelmann (Anm. 33), 310.

¹⁶⁶ A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, Droit constitutionnel suisse, 3. Aufl. 2013, 204, Rz. 640, und 205, Rz. 641–643.

erfüllen muss, damit er dem völkerrechtlichen Vertrag für Zwecke des Art. 166 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV gleichgestellt werden kann. Dies erlaubt, die Geltungserstreckung der genannten Verfassungsbestimmungen künftig in rechtssicherer und rechtsgleicherer – und in weniger plebiszitärer – Art und Weise vorzunehmen.

Die Bundesbehörden liefern insgesamt nur sehr wenig Stoff, um zu beurteilen, ob die von ihnen vorgenommenen Analogieschlüsse zulässig sind (Nachvollziehbarkeit) und wo die Grenzen der Analogiebildung im Bereich der demokratischen Mitwirkung, wie sie in Art. 166 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV normiert ist, liegen (Voraussehbarkeit). Deshalb wird im Folgenden die von den Bundesbehörden vorgenommene Analogiebildung näher betrachtet; konkret werden die beiden Voraussetzungen für einen Analogieschluss geprüft: nämlich, ob das Tatbestandselement „völkerrechtlicher Vertrag“ überhaupt analogiefähig ist (Teil V. 2.) und ob die als Analoga gewerteten Rechtsakte dem völkerrechtlichen Vertrag für vorliegende Zwecke genügend ähnlich sind (Teil V. 3.).¹⁶⁷

2. Analogiefähigkeit des Tatbestandselements „völkerrechtlicher Vertrag“?

Wir wenden uns in einem ersten Schritt der Frage zu, ob das Tatbestandselement „völkerrechtlicher Vertrag“ in Art. 166 Abs. 2 bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV analogiefähig ist. Eine Verfassungsnorm ist dann *nicht* analogiefähig, wenn der Verfassungsgeber die Rechtsfolge (*in casu* die parlamentarische Genehmigung bzw. die Unterstellung unter das Referendum) auf die im Tatbestand beschriebenen Fälle (*in casu* also auf den völkerrechtlichen Vertrag) beschränken wollte.¹⁶⁸ Dies bedingt eine nähere Betrachtung des besagten Tatbestandselements.

Der Verfassungsgeber hat dem Begriff „völkerrechtlicher Vertrag“, wie er in den besagten Verfassungsbestimmungen vorkommt, insgesamt nur sehr wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Während in der ursprünglichen Referendumsbestimmung noch der Ausdruck „Staatsverträge mit dem Ausland“ gebraucht wurde,¹⁶⁹ fand mit der Revision von 1977 der Begriff „völkerrechtlicher Vertrag“ Eingang in dieselbe. Dieser neue Begriff sollte den Umstand besser abbilden, dass völkerrechtliche Verträge nicht nur mit Staaten,

¹⁶⁷ C. Luther (Anm. 162), 450.

¹⁶⁸ C. Luther (Anm. 162), 450 f.

¹⁶⁹ Art. 89 Abs. 3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, SR 101 (nicht länger in Kraft).

sondern auch mit anderen Völkerrechtssubjekten (konkret mit internationalen Organisationen) abgeschlossen werden können.¹⁷⁰ Außerdem fanden langwierige Diskussionen darüber statt, *welche* völkerrechtlichen Verträge dem Referendum zu unterstellen sind. Ob allerdings einzig völkerrechtliche Verträge oder auch andere Rechtsakte dem Volk zur Abstimmung unterbreitet werden können, wurde nicht thematisiert.¹⁷¹ Auch die Revision der Bundesverfassung von 1999 stellte das Objekt, auf welches sich das Referendum im Außenbereich bezieht, in keiner Weise zur Disposition. Weder Bundesrat noch Bundesversammlung beschäftigten sich eingehend mit der Frage, welche Bedeutung dem Begriff des völkerrechtlichen Vertrags im vorliegenden Kontext zukommen soll und ob er weiterhin geeigneter Anknüpfungspunkt für die Gewährung demokratischer Mitwirkung darstellt.¹⁷²

Ob das Tatbestandselement „völkerrechtlicher Vertrag“ angesichts der Tatsache, dass zur Regelung internationaler Beziehungen vermehrt auf andere Rechtsakte Rückgriff genommen wird, noch angemessen ist, wurde somit weder bei der ursprünglichen Verankerung des Referendums im Außenbereich noch anlässlich späterer Revisionen diskutiert. Dominiert hat jeweils die Frage, *welche* völkerrechtlichen Verträge dem Referendum unterstellt werden sollen. Insgesamt hat der Verfassungsgeber somit die Erweiterung dieses Tatbestandselements um andere Rechtsakte weder in Erwägung gezogen noch ausgeschlossen.¹⁷³ Das Tatbestandselement „völkerrechtlicher Vertrag“ in Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV ist demnach analogiefähig. Da einzig völkerrechtliche Verträge, die durch das Parlament genehmigt wurden, dem Referendum im Außenbereich unterstellt werden können, trifft dies auch für das Tatbestandselement „völkerrechtlicher Vertrag“ in Art. 166 Abs. 2 BV zu.

¹⁷⁰ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums vom 23.10.1974, BBl 1974 II 1133 (folgend: Botschaft Neuordnung Staatsvertragsreferendum), 1171; der Entwurf der Bestimmung enthielt den Begriff des „völkerrechtlichen Vertrags mit dem Ausland“; dieser Pleonasmus wurde in der Vernehmlassung kritisiert, worauf der Bundesrat die Worte „mit dem Ausland“ strich.

¹⁷¹ Botschaft Neuordnung Staatsvertragsreferendum (Anm. 170), *passim*; für die Ratsdebatten, siehe namentlich AB 1976 N 590 ff., AB 1976 N 1519 ff., AB 1976 S 498 ff.

¹⁷² G. Lammers (Anm. 117), 55.

¹⁷³ Hier ist anzumerken, dass die Bundesversammlung in zwei verschiedenen Funktionen tätig ist. Sie ist einerseits zusammen mit Volk und Ständen verfassungsgebende Gewalt (R. Rhinow/M. Schefer/P. Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, 91, Rz. 443) und somit Mit-Urheberin der hier diskutierten Verfassungsbestimmungen. Andererseits wendet sie die Referendumsbestimmung an, d. h. entscheidet, ob ein bestimmter Akt dem Referendum zu unterstellen ist. In ihrer letzteren Rolle als Rechtsanwenderin hätte sie abermals die Möglichkeit gehabt, das Tatbestandselement „völkerrechtlicher Vertrag“ von Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV als analogieunfähig zu werten – was sie jedoch nicht tat.

3. Genügende Ähnlichkeit der anderen Rechtsakte mit dem Völkerrechtsvertrag?

Die zweite Voraussetzung für eine Analogiebildung ist die Analogiefähigkeit des Sachverhalts. Er ist dann analogiefähig, wenn er dem normierten Sachverhalt "ähnlich" ist. Die beiden Sachverhalte dürfen somit weder gleich noch absolut ungleich sein, sondern müssen vergleichbar, d. h. in normativer Hinsicht gleichwertig sein.¹⁷⁴ Es handelt sich somit um eine Wertungsfrage. Übertragen auf vorliegende Situation ist demnach zu fragen, ob die zu beurteilenden Sachverhalte (also die in Teil IV. dargestellten Rechtsakte, die *keine* völkerrechtlichen Verträge sind) dem in Art. 166 Abs. 2 bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV normierten Sachverhalt (also dem "völkerrechtlichen Vertrag") genügend ähnlich sind.

Wie erwähnt, begründeten die Bundesbehörden die von ihnen vorgenommenen Analogieschlüsse meist nicht oder nicht eingehend.¹⁷⁵ Gestützt auf die Bestandsaufnahme in Teil IV. werden deshalb im Folgenden die Gemeinsamkeiten bzw. Unterschiede zwischen dem völkerrechtlichen Vertrag und den als Analoga taxierten Rechtsakte herausgearbeitet. Dadurch sollen die Grenzen der Analogiebildung im vorliegenden Kontext klarer hervortreten und eine Aussage darüber ermöglicht werden, ob der Analogieschluss mit der Grundannahme, die der parlamentarischen Genehmigung bzw. dem Referendum im Außenbereich zugrunde liegt, vereinbar ist: nämlich mit der Idee, dass die Exekutive in der Lage ist, einen innerstaatlich gefassten Parlaments- und Volkswillen auf internationaler Ebene auch tatsächlich zu verwirklichen. Dies wiederum lässt (vorläufige) Schlüsse zu, inwiefern aufgrund der Diversifizierung der rechtlichen Steuerungsinstrumente auf internationaler Ebene trotz der Analogiebildung gewisse Substanzverluste bei der demokratischen Partizipation im Außenbereich resultieren.

Um den Vergleich mit dem völkerrechtlichen Vertrag ziehen zu können, sei hier nochmals kurz erwähnt, wodurch sich dieser auszeichnet. Ein völkerrechtlicher Vertrag wird zwischen zwei oder mehreren Völkerrechtssubjekten geschlossen, beruht auf dem Völkerrecht und ist rechtsverbindlicher Natur. Er kommt durch übereinstimmende Willenseinigung zwischen den Vertragsparteien zustande; es handelt sich somit um ein zustimmungsbe-

¹⁷⁴ F. Reimer (Anm. 161), 258, Rz. 577; und 264, Rz. 594.

¹⁷⁵ Siehe dazu Teil V. 1. b).

dürftiges, zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft. Schriftlichkeit ist ein übliches, aber nicht zwingendes Merkmal.¹⁷⁶

Der kleinste gemeinsame Nenner zwischen den als Analoga zum völkerrechtlichen Vertrag gewerteten Rechtsakten (privatrechtliche und hybride Verträge, Beschlüsse internationalen Rechts und einseitige Rechtsakte) und dem völkerrechtlichen Vertrag im eben beschriebenen Sinne besteht darin, dass es sich jeweils um schriftliche und verbindliche Akte handelt. Darüber hinaus weichen die als Analoga taxierten Rechtsakte in unterschiedlichem Maße vom völkerrechtlichen Vertrag ab. Diese Abweichungen werden im Folgenden aufgezeigt und ihre Folgen, v. a. für die Grundannahme, dass die Exekutive in der Lage ist, den Parlaments- bzw. Volkswillen auf internationaler Ebene durchzusetzen, diskutiert.

a) Privatrechtliche und hybride Verträge

Bei den privatrechtlichen bzw. hybriden Verträgen besteht die größte Abweichung zum völkerrechtlichen Vertrag darin, dass sie nicht oder nicht einzig dem Völkerrecht unterstehen; und/oder dass sie die Schweiz nicht oder nicht einzig mit Völkerrechtssubjekten abschließt.

aa) Vertrag fußt nicht (einzig) auf Völkerrecht

Das erste Unterscheidungsmerkmal zwischen privatrechtlichen bzw. hybriden Verträgen und völkerrechtlichen Verträgen besteht darin, dass erstere ihren Geltungsgrund nicht oder nicht einzig im Völkerrecht haben, sondern ganz oder teilweise dem Privatrecht unterstehen.¹⁷⁷ Dies bringt mit sich, dass das dem Vertrag zugrundeliegende Recht geändert werden kann, ohne dass die Schweiz eine formale Möglichkeit hat, diese Rechtsänderung zu beeinflussen bzw. zu verhindern.¹⁷⁸

Dieser doch markante Unterschied zum völkerrechtlichen Vertrag hat die Bundesbehörden nicht davon abgehalten, die entsprechenden Verträge den

¹⁷⁶ Siehe statt vieler A. Peters (Anm. 18), 101, Rz. 1-2; und M. Herdegen, Völkerrecht, 15. Aufl. 2016, 120 ff., Rz. 1-2; zum Begriff des völkerrechtlichen Vertrags im Kontext der hier diskutierten Verfassungsbestimmungen, siehe Text zu Anm. 41 ff.

¹⁷⁷ So unterlag der als Analogon gewertete Beitrittsvertrag zur AAL International Association belgischem Recht (siehe Text zu Anm. 65), der XFEL GmbH Gesellschaftsvertrag deutschem Recht (siehe Text zu Anm. 58) und die Domain-Verträge zwischen der ICANN und der Schweiz US-amerikanischem Recht (BAKOM (Anm. 72), 4).

¹⁷⁸ Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Vertrag Schweizer Privatrecht unterstellt wird.

Regeln zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge zu unterstellen.¹⁷⁹ So erachtete es das BAKOM (im Kontext der Verträge zwischen der Schweiz und der ICANN, die US-amerikanischem Recht unterstehen) zwar als problematisch, dass sich die Schweiz als Vertragspartei einem Recht unterstelle “zu dessen Veränderung oder Weiterentwicklung sie nichts beitrage”. Kam aber zu dem Schluss, dass diese “souveränitätsrechtlichen Probleme” die Kompetenzordnung zum Abschluss internationaler Vereinbarungen nicht in Frage stelle.¹⁸⁰

Man könnte im Umstand, dass sich die Mitwirkungsrechte auf einen Vertrag beziehen, dessen Inhalt von der anderen Vertragspartei (bzw. von einem Drittstaat, unter dessen Recht der Vertrag gestellt wird) einseitig geändert werden kann, einen Substanzverlust im Bereich der parlamentarischen Genehmigung bzw. des Referendums erblicken. Gleichzeitig scheint aber gerade bei dieser Art Verträge die Zustimmung von Bundesversammlung und Volk besonders wichtig. Denn sie sanktioniert nicht nur den aktuellen Vertragsinhalt, sondern auch den Umstand, dass dieser später u. U. ohne Zustimmung der Schweiz durch einen anderen Staat geändert werden kann.

bb) Vertrag wird nicht (einzig) mit Völkerrechtssubjekten geschlossen

Gewisse privatrechtliche bzw. hybride Verträge unterscheiden sich dadurch vom völkerrechtlichen Vertrag, dass sie die Schweiz nicht oder nicht einzig mit Völkerrechtssubjekten,¹⁸¹ sondern (auch) mit juristischen Personen des innerstaatlichen Privatrechts abschließt. Die Bundesbehörden haben bislang nicht näher begründet, welche Eigenschaften ein Vertragspartner der Schweiz, der *kein* Völkerrechtssubjekt ist, aufweisen muss bzw. in welcher Eigenschaft er handeln muss, damit ein mit ihm abgeschlossener Vertrag den innerstaatlichen Regeln zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge unterstellt werden kann.

Als Mindestvoraussetzung sollte verlangt werden, dass die formal als juristische Person des innerstaatlichen (Privat-)rechts verfasste Entität durch den Vertrag zur Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt¹⁸² bzw. zur

¹⁷⁹ Siehe Text zu Anm. 68 ff.

¹⁸⁰ BAKOM (Anm. 72), 4.

¹⁸¹ Nach klassischer Sichtweise sind einzig Staaten und internationale Organisationen Völkerrechtssubjekte; und gewisse Einheiten gelten als Völkerrechtssubjekte *sui generis* (z. B. Heiliger Stuhl, Malteserorden, Internationales Komitee vom Roten Kreuz). Ob darüberhinausgehend weitere Akteure (u. a. internationale Nichtregierungsorganisationen und Transnationale Unternehmen) als Völkerrechtsakteure zu qualifizieren sind, ist bestritten; dazu A. Peters (Anm. 18), 271 ff.

¹⁸² Zu diesem Begriff, siehe Anm. 9.

Wahrnehmung einer Aufgabe im internationalen Gemeinwohl¹⁸³ ermächtigt wird bzw. die Schweiz eine solche Kompetenz anerkennt.¹⁸⁴ Oder, sofern es nicht um Zuständigkeitsbegründung oder -anerkennung geht, dass der Vertrag in Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt bzw. in Wahrnehmung einer Aufgabe im internationalen Gemeinwohl geschlossen wird.¹⁸⁵ Dieses hier vorgeschlagene, funktionale Kriterium trägt dem Umstand Rechnung, dass auch privatrechtlich verfasste Akteure, die keine völkerrechtlichen Verträge eingehen können und somit mittels Privatrechtsgeschäften handeln müssen, u. U. internationale öffentliche Gewalt ausüben. Gleichzeitig vermag es Rechtsgeschäfte, die in rein privater Interessensausübung geschlossen werden, von den demokratischen Mitwirkungsrechten auszuschließen. Zwecks Wahrung der Rechtssicherheit und -gleichheit muss es allerdings weiter verfeinert und präzisiert werden.

b) Beschlüsse internationaler Organe

Beschlüsse internationaler Organe sind eine weitere Kategorie von Rechtsakten, welche die Bundesbehörden dem völkerrechtlichen Vertrag für Zwecke der demokratischen Mitwirkung im Außenbereich gleichgestellt haben. Die Bundesbehörden unterscheiden dabei regelmäßig zwischen unmittelbar anwendbaren Beschlüssen und solchen, die im *opting out* bzw. *opting in* Verfahren ergehen – haben aber darüber hinaus keine weiteren Differenzierungen getroffen.¹⁸⁶

Vorliegend wird argumentiert, dass Beschlüsse in sehr unterschiedlichen Verfahren zustande kommen, die sich graduell vom Vertragsschlussverfahren unterscheiden. Eine pauschale Aussage darüber, ob sie dem völkerrecht-

¹⁸³ In Anlehnung an Art. 6 Bundesgesetz über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge vom 22.6.2007, SR 192.12, der die Charakteristika umschreibt, die ein in Art. 2 genannter institutionell Begünstigter (darunter die sog. quasizwischenstaatlichen Organisationen, die regelmäßig als juristische Person innerstaatlichen Privatrechts verfasst sind) aufweisen muss, um in den Genuss von Vorrechten, Immunitäten und Erleichterungen zu kommen: er muss einen nicht auf Gewinn ausgerichteten Zweck von internationalem Nutzen verfolgen und im Bereich der internationalen Beziehungen tätig sein; siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanzielle Beiträge vom 13.9.2006, BBl 2006 8017, 8032 f. und 8057 f.

¹⁸⁴ Wie z. B. der Privatrechtsvertrag, durch welchen die Schweiz der AAL beiträt (siehe Text zu Anm. 64 ff.) oder der privatrechtliche bzw. hybride Vertrag, durch den die XFEL GmbH errichtet wurde (siehe Text zu Anm. 56 ff.).

¹⁸⁵ Wie z. B. die Domain-Verträge, welche die Schweiz mit der ICANN schließt, siehe Text zu Anm. 68 ff.

¹⁸⁶ Siehe Text zu Anm. 86 ff.

lichen Vertrag genügend ähnlich sind, um sie im Bereich der demokratischen Mitwirkung wie völkerrechtliche Verträge zu behandeln, ist daher nicht möglich. Selbst die von Praxis und Lehre vorgenommene Kategorisierung in unmittelbar anwendbare Beschlüsse und solche, die im *opting in*- bzw. *opting out*-Verfahren ergehen, ist für diese Beurteilung nicht hilfreich.

Vielmehr ist das jeweilige Beschlussverfahren, wie es in einem bestimmten Völkerrechtsvertrag vorgesehen ist, mit dem Vertragsschlussverfahren zu vergleichen. Dabei ist dieses hinsichtlich zweier, für das Verfahren auf Abschluss völkerrechtlicher Verträge zentraler Charakteristika hin zu bewerten: erstens, dass die Schweiz bei der Entstehung völkerrechtlicher Rechte und Pflichten in Form des Völkerrechtsvertrags am Vertragsschlussverfahren als Partei beteiligt ist (Beteiligung); und, zweitens, dass sie nur dann rechtlich gebunden wird, wenn sie der Verpflichtung zustimmt (Konsensprinzip). Diese zwei Eigenschaften des Vertragsschlussverfahrens erlauben der Exekutive nämlich, einen vom Volk und Parlament geäußerten Willen auf internationaler Ebene effektiv zu vertreten. Sprich, im Falle eines negativen Parlaments- oder Volksentscheids die fragliche völkerrechtliche Verpflichtung zu verhindern. Und – geht man mit der Minderheit der Lehre einher, dass der Bundesrat nach erteilter Genehmigung nicht nur berechtigt, sondern in der Regel verpflichtet ist, den Völkerrechtsvertrag abzuschließen¹⁸⁷ – im Falle eines positiven Entscheids, die fragliche völkerrechtliche Verpflichtung einzugehen.

Die verschiedenen Verfahren auf Erlass eines Beschlusses weichen graduell vom Vertragsschlussverfahren bzw. von den zwei hier hervorgehobenen Eigenschaften (Beteiligung und Konsensprinzip) ab.¹⁸⁸ Je näher das Beschlussverfahren dem Vertragsschlussverfahren hinsichtlich dieser zwei Charakteristika kommt, desto vertretbarer ist der Analogieschluss.¹⁸⁹ Je weiter es sich hingegen davon entfernt, desto schwieriger ist es mit der besagten Annahme zu vereinbaren, dass die Exekutive den Parlaments- bzw. Volkswille auf internationaler Ebene auch tatsächlich zum Tragen bringen kann. Für letzteres Szenario wird vorliegend eine Korrektur bzw. eine Anpassung der Mitwirkungsrechte und in gewissen (seltenen!) Fällen gar ein Verzicht auf dieselben vorgeschlagen. Was dies im Einzelnen bedeutet, wird nun anhand verschiedener Konstellationen erläutert.

¹⁸⁷ So z. B. A. *Epiney* (Anm. 3), 2493, Rz. 28.

¹⁸⁸ Bei hybriden bzw. privatrechtlichen Verträgen sowie bei einseitigen Erklärungen sind sie derweil erfüllt; die Analogiebildung ist diesbezüglich unproblematisch.

¹⁸⁹ Aber selbst hier bleiben offene Fragen bezüglich der Anwendung von Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV, namentlich betreffend die in Ziff. 1 bis 3 formulierten Voraussetzungen: siehe dazu A. *Petrig* (Anm. 8), 527.

aa) Schweiz nicht an Entstehung des Beschlusses beteiligt: keine Mitwirkung

Es sind Konstellationen denkbar, in denen die Schweiz – anders als beim völkerrechtlichen Vertrag – nicht an der Entstehung des Beschlusses beteiligt ist, jedoch an ihn gebunden wird. Dies ist dann der Fall, wenn ein restriktiv zusammengesetztes Organ, in dem die Schweiz zum fraglichen Zeitpunkt nicht vertreten ist, zum Erlass unmittelbar verbindlicher Beschlüsse ermächtigt ist.

So kann beispielsweise der ICAO-Rat, in welchem bloß ein Bruchteil aller Mitglieder vertreten ist, für alle Mitgliedstaaten unmittelbar verbindliche Vorschriften für den Luftraum über der Hohen See erlassen.¹⁹⁰ Da die Schweiz in diesem restriktiven Organ regelmäßig keinen Sitz innehat, werden diese Beschlüsse für sie verbindlich, ohne dass sie an der Beschlussfassung beteiligt gewesen wäre. Die Exekutive, d. h. der Bundesrat hätte in dieser Situation gar keine Möglichkeit, einen negativen oder positiven Volkswillen, wie er im Rahmen der innerstaatlichen demokratischen Mitwirkung geäußert wurde, auf formalem Wege¹⁹¹ auf internationaler Ebene einzubringen.

Die Gewährung demokratischer Mitsprache kommt in dieser Konstellation – deren Vorliegen aufgrund des für die Besetzung der Sitze in restriktiven Organen regelmäßig anwendbaren Rotationsprinzips jeweils *in concreto* ermittelt werden muss – einer Farce gleich; hier scheint die Grenze der Analogiebildung überschritten. Es mag argumentiert werden, dass die praktische Relevanz der Frage nicht sehr groß sei, da restriktive Organe in der Regel nur ermächtigt sind, in sehr technischen Bereichen rechtsetzende Bestimmungen zu erlassen, die innerstaatlich *qua* Delegation in den Zuständigkeitsbereich der Exekutive fallen. Dies trifft aber nicht unbedingt zu, wie das Beispiel von Sicherheitsratsresolutionen generell-abstrakter Natur¹⁹² zeigt.¹⁹³

¹⁹⁰ Art. 12 (Luftverkehrsregeln) und Art. 50 (Zusammensetzung und Wahl des Rates) Übereinkommen über die internationale Zivilluftfahrt vom 7.12.1944, SR 0.748.0; siehe dazu J. Aston (Anm. 78), 136 ff.

¹⁹¹ Möglich bleibt natürlich, den Willen der Schweiz informal, z. B. durch Lobbying, zum Tragen zu bringen.

¹⁹² Z. B. Sicherheitsratsresolutionen 1373 (2001) und 1540 (2004) im Bereich der Terrorismusbekämpfung.

¹⁹³ J. Brunnée, International Legislation (October 2010), in: R. Wolfrum (Anm. 54), Rz. 48-51, diskutiert diese Frage u. a. vor dem Hintergrund der restriktiven Zusammensetzung des Sicherheitsrats.

bb) Schweiz beteiligt, aber Bindung ohne ihre Zustimmung: modifizierte Mitwirkung

Eine weitere Konstellation ist jene, in der die Schweiz zwar an der Entstehung des Beschlusses beteiligt ist (entweder als Mitglied des beschlussfassenden Organs und/oder im Rahmen des innerstaatlichen Genehmigungsverfahrens), aber auch ohne ihre Zustimmung an denselben gebunden werden kann. So kann der Gouverneursrat der Asiatischen Infrastruktur-Investitionsbank fast alle Vertragsänderungen per unmittelbar verbindlichem Beschluss mit einer Zweidrittelmehrheit beschließen.¹⁹⁴ Ebenso kann der IOM-Rat unwesentliche Änderungen per Zweidrittelmehrheit mit unmittelbarer Wirkung für alle Mitgliedstaaten beschließen; und wesentliche Satzungsänderungen, die mit einer Zweidrittelmehrheit im Rat beschlossen werden, treten für alle Mitglieder in Kraft, wenn sie von zwei Dritteln der Mitglieder innerstaatlich genehmigt wurden.¹⁹⁵

Diese Beschlüsse unterscheiden sich maßgeblich vom völkerrechtlichen Vertrag, da sie in einem Verfahren erlassen werden, das vom Konsensprinzip abweicht. Nichtsdestotrotz hat der Bundesrat solche Beschlüsse wiederholt dem Parlament zur Genehmigung zugeführt; und dieses unterstellte sie dem Referendum. In den Botschaften wird unterschiedlich argumentiert, warum auch Beschlüsse, bei denen der Parlaments- bzw. Volkswille auf internationaler Ebene unter Umständen nicht verwirklicht werden kann, der demokratischen Mitwirkung zugeführt werden sollen. Im Falle des eben erwähnten IOM-Beschlusses hielt es der Bundesrat beispielsweise „aus Gründen der Transparenz und mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten“ für erforderlich, den Beschluss dem Parlament zur Genehmigung zu unterbreiten und ihn dem Referendum zu unterstellen.¹⁹⁶ In anderen Fällen unternahm der Bundesrat eine Art Wahrscheinlichkeitsanalyse, d. h. er hat abgewogen, wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, dass die Schweiz gegen ihren Willen gebunden wird – und stufte diese als gering ein.¹⁹⁷ Schließlich argumentierte der Bundesrat, dass sich die Schweiz – sollte sie (wider Erwarten) gegen ihren Willen gebunden werden – durch Austritt aus der Organisation dem fraglichen Beschluss entziehen könne.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Art. 53 Übereinkommen Asiatische Infrastruktur-Investitionsbank vom 29.6.2015, SR 0.972.6.

¹⁹⁵ Art. 25 Satzung der Internationalen Organisation für Migrationen vom 19.10.1953, SR 0.142.01; siehe Text zu Anm. 92.

¹⁹⁶ Botschaft Satzungsänderung IOM (Anm. 92), 9170.

¹⁹⁷ Botschaft ADN (Anm. 87), 955 und 958.

¹⁹⁸ Botschaft Satzungsänderung IOM (Anm. 92), 9170; Botschaft über den Beitritt der Schweiz zur Asiatischen Infrastruktur-Investitionsbank vom 11.9.2015, BBl 2015 7331, 7345 f.

Der Bundesrat kam gestützt auf diese unterschiedlichen Argumente jeweils zum Schluss, dass demokratische Mitwirkung zu gewähren sei. Anders als *Hans Huber*, der das Spannungsverhältnis zwischen dem nationalen Willen Ausdruck verleihenden Referendum und der diesen Willen u. U. nicht berücksichtigenden vertikalen Form der Rechtsetzung durch internationale Organe bereits 1963 erkannte und schloss:

“Wo heute mit der Form des Vertrages eine Art internationale Quasilegislative auftritt, ist völlig klar, dass der Bereich nationalen Willens und nationaler Willensbildung überschritten, wenn nicht ausgeschaltet ist.”¹⁹⁹

Abgesehen vom seltenen Fall, dass die Schweiz an der Beschlussfassung gar nicht beteiligt ist, muss die Mitwirkung aber nicht gleich ausgeschaltet sein. Sie allerdings in genau gleicher Weise wie bei völkerrechtlichen Verträgen zu gewähren, verdeckt den Umstand, dass die Exekutive den geäußerten Parlaments- und Volkswillen u. U. gar nicht respektieren kann.

Ein Mittelweg könnte darin bestehen, dass die Mitwirkungsrechte in modifizierter Weise gewährt werden.²⁰⁰ So könnten Parlament und Volk beispielsweise einzig dazu befragt werden, wie sich die Exekutive auf völkerrechtlicher Ebene zu verhalten habe, d. h. ob sie den Beschluss (im Organ und/oder im innerstaatlichen Genehmigungsverfahren) gutheißen oder ablehnen soll. Die demokratische Mitwirkung bezöge sich somit auf das *Mandat* der Exekutive bzw. der von ihr eingesetzten Delegation; und nicht die Frage, ob die Schweiz die entsprechende völkerrechtliche Verpflichtung eingehen soll oder nicht. Diese Vorgehensweise wäre einzig dann nicht möglich, wenn das Völkerrecht ausnahmsweise die Stimminstruktion verbietet; was in erster Linie dann der Fall ist, wenn die Delegation nicht einzig aus Regierungsvertretern besteht.²⁰¹

Diese Anpassung der Mitwirkungsrechte an die Charakteristika des Beschlussverfahrens sollte mit einer weiteren Änderung gepaart werden. Nämlich, dass die innerstaatliche Kompetenzverteilung zur Eingehung völkerrechtlicher Verpflichtungen analog auf die Kündigungs- und Austrittsfrage

¹⁹⁹ *H. Huber* (Anm. 1), 489.

²⁰⁰ Bei unmittelbar verbindlichen Beschlüssen, welche die Schweiz kraft ihrer Stimme verhindern kann, haben die Bundesbehörden die Mitwirkungsrechte in zeitlicher Hinsicht modifiziert, indem sie bereits den Entwurf (und nicht erst den definitiven) Beschluss dem Parlament bzw. Volk unterbreiteten; siehe Text zu Anm. 89 ff.

²⁰¹ Wie z. B. jene der Internationalen Arbeitskonferenz der Internationalen Arbeitsorganisation, die gemäß dem Dreigliedrigkeitsprinzip aus Regierungs-, Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern zusammengesetzt ist und weisungsunabhängig stimmt: Art. 4 Abs. 1 Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28.6.1919; siehe dazu *T. Morhard*, Die Rechtsnatur der Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation, 1988, 6 ff.

angewandt wird.²⁰² Denn – gemäß der Argumentation des Bundesrats – kann sich die Schweiz letztlich einzig durch Austritt aus dem internationalen Organ bzw. der Organisation einem Beschluss entziehen, der sich nicht mit ihrem Willen deckt. Parlament und Volk bei entsprechender Gewichtigkeit der Mitgliedschaft über die Austrittsfrage befinden zu lassen, wäre daher konsequent.²⁰³

Zusammenfassend scheint eine Analogiebildung im Bereich der Beschlüsse internationaler Organe – abgesehen von der Konstellation, in denen die Schweiz nicht an der Entstehung eines Beschlusses beteiligt ist – sinnvoll. Weicht das Beschlussverfahren allerdings auf Ebene der Beschlussfassung im Organ und/oder anlässlich der innerstaatlichen Genehmigung vom Konsensprinzip ab, drängen sich gewisse Modifikationen der ursprünglich für den völkerrechtlichen Vertrag konzipierten Mitwirkungsrechte auf.

c) Einseitige Rechtsakte

Die Bundesbehörden haben sowohl selbstständige als auch unselbstständige einseitige Erklärungen als Analoga zum völkerrechtlichen Vertrag gewertet.²⁰⁴ Überdies wird vorliegend argumentiert, dass auch die Notifikation der Schweiz, einen den Schengen- bzw. Dublin-Besitzstand betreffenden EU-Rechtsakt zu übernehmen, als unselbstständige, vertragsbezogene einseitige Erklärung qualifiziert werden kann.²⁰⁵

Die einseitige Erklärung weist mit dem völkerrechtlichen Vertrag die Gemeinsamkeit auf, dass es sich um einen völkerrechtlichen Akt handelt, d. h., dass sie ihren Geltungsgrund im Völkerrecht hat. Des Weiteren ist, wie beim völkerrechtlichen Vertrag, das Gegenüber, also der Erklärungsempfänger, ein Völkerrechtssubjekt.

Dass es sich (anders als beim Vertrag) um ein einseitiges statt zwei- bzw. mehrseitiges Rechtsgeschäft handelt, dürfte mit Blick auf die demokratischen Mitwirkungsrechte nicht von Relevanz sein. Vielmehr sind die oben

²⁰² Verschiedene Autoren fordern – entgegen der herrschenden (rare) Praxis – Art. 166 Abs. 2 bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV auch auf die Kündigung völkerrechtlicher Verträge von grundlegender Bedeutung anzuwenden; eingehend und m. w. H. N. Blum/V. Naegeli/A. Peters, Die verfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, ZBl 114 (2013), 527.

²⁰³ Die in Teil III. 1. beschriebene innerstaatliche Organkompetenzverteilung zur Eingehung völkerrechtlicher Verträge wären alsdann analog auf deren Kündigung anzuwenden.

²⁰⁴ Siehe dazu Teil IV. 2. c).

²⁰⁵ Die Bundesbehörden qualifizierten den Übernahmevorgang als völkerrechtlichen Vertrag; siehe dazu Teil IV. 2. d).

angesprochenen zwei Eigenschaften des Vertragsschlussverfahrens – nämlich, dass die Schweiz an der Eingehung der völkerrechtlichen Verpflichtung beteiligt ist und sie einzig bei Zustimmung an diese gebunden wird – bei der einseitigen Erklärung sinngemäß vorhanden. So hat es die Schweiz bei der einseitigen Erklärung in der Hand, ob sie die völkerrechtliche Verpflichtung eingehen will. Die Analogiebildung scheint bei einseitigen Erklärungen soweit ersichtlich unproblematisch.

VI. Neuer Anknüpfungspunkt für die demokratische Mitwirkung?

Im vorliegenden Artikel wurde aufgezeigt, dass der völkerrechtliche Vertrag an Bedeutungsschwund leidet und dass gerade auch zwecks Übertragung von Zuständigkeiten auf internationale Akteure regelmäßig auf *andere* völkerrechtliche und teils gar privatrechtliche Rechtsakte zurückgegriffen wird. Außerdem bringt die Flucht ins Informale mit sich, dass zunehmend Kompetenzen prozesshaft, ohne formalisierten Rechtsakt, auf internationale Akteure übergehen.

Derweil bezieht sich der Wortlaut der einschlägigen Verfassungsbestimmungen zur demokratischen Mitwirkung von Parlament und Volk im Außenbereich weiterhin einzig auf den völkerrechtlichen Vertrag. Praxis und Lehre haben bisher kaum thematisiert, ob der völkerrechtliche Vertrag als Anknüpfungspunkt für die demokratische Mitsprache gemäß Art. 166 Abs. 2 bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV noch geeignet ist bzw. ob und wie der Diversifizierung der Steuerungsinstrumente auf internationaler Ebene im Kontext dieser Verfassungsbestimmungen Rechnung getragen wird oder werden soll. Dass auch im aktuellsten Schrifttum noch immer der Begriff „Staatsvertragsreferendum“ gebraucht wird²⁰⁶ – der ein Völkerrecht widerspiegelt, in dem einzig Staaten als Völkerrechtssubjekte und somit als Vertragspartner galten – verdeutlicht, wie stark die Vergangenheit in der Diskussion um das Referendum nachwirkt und wie wenig sich das gegenwärtige Völkerrecht darin widerspiegelt.

Eine politische und juristische Debatte, wie mit der „schwindenden Lebenskraft“ des Völkerrechtsvertrags und der gleichzeitigen Erstarkung anderer Akte zwecks Regelung internationaler Beziehungen umgegangen wird, scheint nötig. Zwar haben die Bundesbehörden Wege gefunden, um der Rechtswirklichkeit in gewissem Maße Rechnung zu tragen, indem sie

²⁰⁶ So z. B. jüngst A. Epiney (Anm. 3), 2487, Rz. 6.

die genannten Verfassungsbestimmungen *per analogiam* auf andere Rechtsakte angewandt haben. Das Beispiel des Kompetenztransfers hat aber gezeigt, dass dieses methodische Vorgehen wenig systematisch und nachvollziehbar vonstatten geht und gewisse Akte nicht zu erfassen vermag. Ob demokratische Mitwirkung gewährt wird, steht somit maßgeblich im Ermessen der Bundesbehörden. Weiter hängt die innerstaatliche demokratische Partizipation – um noch einen Schritt weiter zurück zu gehen – davon ab, welchen Rechtsakt die internationale Gemeinschaft zur Regelung ihrer Beziehungen in einem konkreten Fall wählt. Vorliegend also, für welches *institutional set up* sich die involvierten Staaten und Akteure entscheiden, wenn sie einen Völkerrechtsakteur errichten: ob sie beispielsweise (heute eher unwahrscheinlich) eine internationale Organisation mittels Völkerrechtsvertrag gründen, eine Stiftung nach Schweizer Recht errichten oder auf einen informalen Akteur setzen. Dies sind von der Schweiz nur sehr bedingt beeinflussbare Entscheidungen, die sich später aber im Bereich der demokratischen Mitwirkung niederschlagen. Insgesamt hat es somit heute etwas Zufälliges, ob ein gewisser Kompetenztransfer an einen Völkerrechtsakteur innerstaatlich demokratisch legitimiert werden kann oder nicht.

Im vorliegenden Artikel wurde weder auf den Begriff des “Staatsvertragsreferendums” noch auf jenen des “Referendums über völkerrechtliche Verträge” rekurriert; vielmehr war vom “Referendum im Außenbereich” die Rede. Diese Begriffswahl enthält ein rechtspolitisches Desiderat: nämlich, dass die Anknüpfung an den Völkerrechtsvertrag (und somit an eine spezifische Rechtsquelle des Völkerrechts) für die parlamentarische Genehmigung bzw. das Referendum überdacht, wenn nicht gar *de constitutione ferenda* aufgegeben wird. Statt darauf abzustellen, durch welchen Rechtsakt ein Kompetenztransfer erfolgt, sollte vielmehr die Gewichtigkeit einer Zuständigkeitsübertragung im Vordergrund stehen. Sollen sehr wichtige oder wichtige Kompetenzen an einen Völkerrechtsakteur übertragen werden, so soll dieser Vorgang parlamentarisch genehmigt und dem obligatorischen bzw. fakultativen Referendum unterstellt werden; derweil soll die Exekutive über nicht gewichtige Zuständigkeitsübertragungen auf internationaler Ebene selbstständig entscheiden können.

Der Wandel des Völkerrechts – namentlich dessen Publifizierung, Privatisierung, Europäisierung und Deformalisierung – legt nahe, dass es nicht länger reicht, an den Stellschrauben der verfassungsrechtlich garantierten Mitwirkungsrechte von Parlament und Volk im Außenbereich zu drehen. Sprich, einzig zu diskutieren, *welche* völkerrechtlichen Verträge in deren Anwendungsbereich fallen sollen. Vielmehr ist die grundsätzlichere Frage von Politik und Wissenschaft zu beantworten, ob die Völkervertragszen-

triertheit der innerstaatlichen Bestimmungen zur demokratischen Mitwirkung im Lichte des gegenwärtigen Völkerrechts noch sinnvoll ist.